دكتور

اسماعيل عبدالنبى شاهين

استاذ ورئيس قسم القانون الخاص
فى كلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر - طنطا

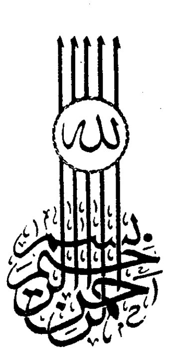
والمحامى لدى محكمة النقض والإدارية العليا

المدخل
لدراسة العلوم القانونية

القسم الاول

نظرية القانون

للعام الجامعى
٢٠٠٦/٢٠٠٧


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبى المصطفى الأمين ، وعلى آله وأحبابه وأتباعه ومن سار على دربه إلى يوم القيامة والدين .

وبعد ...

فلا ريب أن هنالك مصنفات عديدة تناولت معالجة (مدخل الدراسات القانونية) وهى مصنفات كما يدعى البعض بدأت فى أوربا بعد أن تجرد علمائها من النزعة الدينية ، ثم نقلها عنهم فريق من علماء العرب ولم يرق لهم الارتداد عن هذه النزعة فى بحوثهم فكانت نتيجة كتاباتهم وأبحاثهم تتلاقى مع كتابات الغرب ، ناسين أو متناسين أنهم يكتبون لشعوب لا زالت تتمسك بأهداب الدين وتعتبره عنصرا قويا من عناصر العلم بل وتشجع ذاك الفريق الذى يحاول إخضاع العلم لقواعد الدين وليس العكس .

وإزاء ذلك كانت جامعة الأزهر بوجه عام تمثل تلك التربة الخصبة – باعتبارها جامعة علمية دينية – التى يمكن من خلالها تهجين النظريات العلمية والدينية معا، خاصة بعد أن بدأت الصحوة الإسلامية والقومية العربية تقوم بدورها فى إبراز الملامح الروحية للشرق القديم والحديث ، وتستلهم روح الماضى المجيد للأمة العربية الإسلامية ليكون سندا قويا وصحيحا لحاضر ومستقبل شعوب تلك الأمة بثقافتها الزاهرة وحضارتها الناضرة خاصة بعد أن تنسمت عبق الحرية والاستقلال الفكرى والسياسى والاجتماعى بعد أن ذاقت الحرمان منه دهرا طويلا .

وإنى إذ أضيف بهذا المصنف قطرة في محيط هذه الدراسة " مدخل الدراسات القانونية " لأرجو بهذا العمل المتواضع أن يجد فيه القارئ بغيته في يسر وسهولة وإيجاز في مبادئ وحلول قانونية مركزة قد تغنيه عن الرجوع إلى المطولات وما يستغرقه ذلك من جهد ووقت فيما يبحث عنه ويعن له من مشكلات وقضايا .

والله أسأل أن يتقبل منا هذا العمل وأن يوفقنا إلى ما فيه رضاه ، والسلام ...

أ.د / اسماعيل عبدالنبى شاهين

مقدمــة

١- مدى أهمية دراسة مدخل العلوم القانونية :

من المسلم به أن لكل دراسة علمية غرض محدد ، والغرض من دراسة مدخل العلوم القانونية هو الإلمام بالمبادئ الأولية والمعلومات الأساسية التى لا غنى عنها فى دراسة "علم القانون" بفروعه وأقسامه ومصادره ، والإحاطة بالمصطلحات الفنية التى تستخدم فيه حتى يستطيع القارئ تفهم مختلف الموضوعات التى يتناولها هذا العلم ويعين موضعها من العلوم القانونية في جملتها ، كما أن هدف دراسة مدخل العلوم القانونية إعطاء القارئ فكرة واضحة عن المذاهب المختلفة والاتجاهات الرئيسية في علم القانون بها يتمكن من رد القواعد القانونية إلى هذه المذاهب وتلك الاتجاهات ، وبها يستعين على تفهم علل الأحكام التى تتضمنها .

٢- القواعد القانونية ضرورة لتنظيم الروابط الاجتماعية :

إذا كان الانسان اجتماعي بفطرته وغريزته فهو أيضا مدفوع بتلك الفطرة إلى الحياة مع غيره ، أي أنه لا يستطيع أن يعيش بمعزل عن غيره من بنى البشر ، وتدفعه غريزته إلى أن يتقاسم وإياهم الحظ في الحياة ، ومن ثم فلا وجود لحياته في معزل من الناس إلا في أساطير الأولين لأن (الحياة الاجتماعية تلازمه في الحقيقة منذ ظهوره في الدنيا ، إذ هو نفسه نتيجة اقتران الذكر بالأنثى ، منذ حل بولادته عنصرا جديدا في الأسرة ...) [١] .

قال تعالى ﴿ **يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا** ﴾ [٢] .

---

[١] د/ محمود جمال الدين زكى – دروس في مقدمة الدراسات القانونية – الطبعة الثانية ١٩٦٩ ص١ .

[٢] سورة الحجرات – آية (١٣) .

ومن حكمة الله عز وجل أن وهب الإنسان عقلا يوجهه في حياته ويرشده إلى تدبير معيشته وإشباع حاجاته من الأشياء والأموال المختلفة التى تحيط به ، وهو لا يستطيع أن يسد حاجياته المعيشية بنفسه في كل فرع من فروع الإنتاج ، فلزم أن يتبادل الخدمات والأموال مع غيره لاشتراك الجميع في حاجاتهم إلى هذه الخدمات والأموال ، ومن هنا نشأ بين كل فرد من أفراد الجماعة وبين غيره علاقات متعددة ومتنوعة سواء أكانت علاقات اقتصادية ذات طابع مالي ، كمبادلة المحصولات الزراعية بسلع مصنوعة ، أم علاقات وروابط اجتماعية كروابط النسب والمصاهرة بين الذكر والأنثى ، أم كانت علاقات وروابط سياسية كتلك التى تنشأ بين الشعب والسلطة الحاكمة حيث أن المجتمع يحتاج إلى تنظيم عام فتقوم هيئة عليا فيه بالعمل على استتباب الأمن والنظام فيه ، ولكي تتمكن هذه الهيئة من القيام بواجبها ، ويجب إعطاؤها سلطة الأمر والنهي بما يقابلها من واجب خضوع الأفراد لها .

ولما كان نشوء مثل هذه الروابط والعلاقات بين أفراد المجتمع أمرا حتميا ، كان لابد لهذه العلاقات من تنظيم وقواعد تحدد سلوك الأفراد في المجتمع تبين ما لهم وما عليهم من واجبات نظرا لتباين رغبات الأفراد ، ومن ثم فلا يمكن للفرد أن يتصرف وفق ما يمليه عليه هواه بل يجب أن يكون مقيدا بقيود يفرضها عليه المجتمع تحد مما أطلق عليه فلاسفة القرن الثامن عشر " الحرية الطبيعية للإنسان " هذه القيود التى ترد على سلوك الإنسان في المجتمع قد تختلف عن بعضها البعض من حيث طبيعتها ومصدرها ، وهناك قيود أو قواعد المجاملات والأخلاق والآداب العامة ، كتلك القواعد التى تفرض عليك مد يد العون والمساعدة لقريبك أو صديقك الفقير ، فإذا أنت قصرت في هذا الواجب الخلقي لم يكن ثمة أحد قادرا على إجبارك بمد يد المساعدة ، اللهم إلا تأنيب الضمير أو احتقار المجتمع لك وسخطه عليك إزاء فعلك المستهجن .

غير أن هنالك طائفة أخرى من القيود والقواعد الاجتماعية واجبة الاحترام لأنها تكون مشفوعة بوسيلة لإجبار الفرد على احترامها ، ألا وهي قواعد القانون التى تقوم على تحقيق التوازن بين رغبات أفراد المجتمع ، وتوجه إلى كل أفراده ، أي أنها مجردة في خطابها ، وتقتضى طبيعتها أن تكون ملزمة لكل أفراد المجتمع أيضا .

فالقانون ضروري لتنظيم الروابط الاجتماعية التى تفرضها الحياة في المجتمع ، أو كما قال البعض – بحق – أن فكرة القانون " إنسان لا يعيش مع غيره إلا في مجتمع ، وحياة اجتماعية لا تستقيم بغير نظام ، ونظام اجتماعي لا يتحقق بغير قواعد عامة ملزمة ، ومجموعة هذه القواعد هو القانون "[١] .

٣- وظيفة القانون :

بعد قليل سنعرف أن ما هية القانون تنحصر في مجموعة القواعد التى تنظم الروابط الاجتماعية بين أفراد المجتمع ويجبرون على احترامها بواسطة السلطة العامة .

وسبق أن أشرنا إلى أن القانون يوجد حيث يوجد المجتمع فهو ضرورة للإمساك بعنان المطامع الفردية ، ومنع الفوضى والاضطراب في المجتمع حتى يعيش أفراده في سلام وعدالة وتقدم .

أ- **فالسلام** : يعنى استقرار الأمن والنظام في المجتمع عن طريق القواعد القانونية التى تحدد حقوق وواجبات كل فرد ، فإذا هو تجاوزها تعرض للجزاء ، وبهذا يستطيع الفرد أن يمارس نشاطه . وهو يعلم نتيجة عمله مسبقا ، وبغير هذا النظام تسود شريعة لا يعرفها مجتمع منظم ألا وهي

---

[١] د/ محمود جمال الدين زكى – المرجع السابق ص٣ ، د/ عبدالمنعم البدراوى – مبادئ القانون ، ط ١٩٧٠ ص٨-٩ ، أنظر د/ نعمان خليل جمعة – دروس فى المدخل للعلوم القانونية ط١٩٧٧ ص٥ – ١٤.

الشريعة التى تكون الغلبة فيها للأقوى ، فالقواعد القانونية تحقق الحماية والطمأنينة لكل فرد في المجتمع أثناء ممارسته لنشاطه وسلوكه .

ب- **والعدالة** : تعنى تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة للأفراد بحيث يتحقق التساوى بين الناس في المزايا والأعباء ، فالقانون مثلا - يوازن بين النزعات المجددة والنزعات المحافظة ، بين الحريات الفردية والسلطات العامة .

ويلاحظ أن العدالة المقصودة هنا هي العدالة النسبية التى يرمز لها بالميزان حيث يجب أن تظل كفتاه في حالة تعادل وإلا كان هناك ظلم ، ومن ثم فالعدالة المطلقة مستبعدة ، في هذا المجال نظرا لاستحالتها لأنها من شأن الله عز وجل وحده .

جـ- **والتقدم** : نعنى به تقدم المجتمع عن طريق القواعد القانونية التى توحد الجهود نحو تحقيق التقدم الاقتصادي والاجتماعي للفرد والجماعة .

نخلص مما سبق إلى أن وظيفة القانون هي تحقيق الأمن والنظام والعدالة وتقدم المجتمع على شرط أن يساير ظروف الحياة الدائمة التغير ، وإذا أخفق القانون في تحقيق هذه الأهداف لم يبلغ قصده وبان قصوره عن تحقيق وظيفته وظهر عدم الانسجام بينه وبين حاجات ورغبات المجتمع مما قد يؤدى في نهاية الأمر إلى تفكك المجتمع وتفشى الفوضى والاضطراب بين الأفراد [(١)].

٤- العلاقة بين الحق والقانون :

القانون عبارة عن مجموعة من القواعد الملزمة التى تنظم علاقات الناس في المجتمع ، وهذا المعنى هو بمثابة أحد وجهي القاعدة القانونية ، أما

---

(١) أنظر د/ نعمان خليل جمعة - المرجع السابق ص١١-١٣ ، د/ عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص١١ .

الوجه الآخر لها فيخلص في أن القانون متى أقر مصلحة معينة لشخص ما خول له سلطة القيام ببعض أعمال يحقق بها تلك المصلحة في حدود معينة ، ونهى غيره من الكافة عن المساس بها أو التعرض لها ، وبذلك ينشأ مركز قانوني Situation Juridique يختص به صاحب تلك المصلحة دون غيره ، ويقابله قيود تفرض علي سائر الناس كحق الشخص في أن يملك ويستعمل ملكه ويستغله ويتصرف فيه ويدفع عنه أي اعتداء ، فهذا المركز القانوني الذى نشأ لصاحب حق الملكية بموجب القانون أعطى له سلطات يحميها القانون هي الحقوق Les droits وواجبات تحد من هذه الحقوق .

فالحق يمكن تعريفه بأنه "سلطة تخول صاحبها القيام بأعمال معينة تحقيقا لمصلحة له يحميها القانون" (١) . ومثاله حق الملكية السابق بيانه . أو هو كما يرى دابان عبارة عن " استئثار – تسلط " (٢) .

وتتلاقى هذه التعريفات في عمومها بتقرير التلازم والتكامل بين الحق والقانون ، فالقاعدة القانونية هي التى تبين الحقوق وتحددها وتحميها ، أي أن القانون هو بمثابة الإطار الذى يوضع فيه المضمون (الحق) (٣) .

٥- منهج البحث :

لما كانت دراستنا لمبادئ العلوم القانونية تتضمن بيان مضمون النظرية العامة للقانون من حيث تعريف القانون وبيان الاتجاهات والمذاهب الأساسية – وخاصة المعاصرة منها – في ذلك ، وأقسام القانون ومصادره وكيفية تطبيقه وتفسيره وإلغائه . فإنها في ذات الوقت تعنى بيان مضمون النظرية العامة للحق وأنواعه وأركانه ومصادره وانقضائه .

---

(١) د/ سليمان مرقص- شرح القانون المدني جـ١ (المدخل للعلوم القانونية) ط ١٩٦٧ ص٢٨ .

(٢) J. daban , Le droit subgectif, Dallaw, Paris 1922. P. 8 ets

(٣) أنظر : د/ نعمان جمعة – المرجع السابق ص٢٨ .

وعلى هذا فسنعالج دراستنا لمبادئ العلوم القانونية في قسمين : نخصص أولهما لتناول أحكام نظرية القانون . ونخصص ثانيهما لتناول أحكام نظرية الحق .

القسم الأول
في
النظرية العامة للقاعدة القانونية

الباب الأول

التعريف بالقانون ، وبيان خصائص القاعدة القانونية ومداها ، وصلتها بعلوم الاجتماع الأخرى

الفصل الأول

التعريف بالقانون وبيان خصائصه

٦- تمهيد :

ذهب فقه القانون المصري والأجنبي في بيان ماهية القانون مذاهب شتى حيث تتعدد مدلولات هذا اللفظ تعددا كبيرا بعضها يتسع ليكون ذو مفهوم عام ، ويضيق بعضها الآخر ليكون ذو مفهوم خاص أو نسبي يتغير حسب المبادئ الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة في مجتمع معين وزمان معين ، كما أن القاعدة القانونية تتميز بخصائص معينة تميزها عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى ، وهذا ما سنتناوله تفصيلا في المباحث الآتية :

المبحث الأول

التعريف بالقانون

٧-المعنى اللغوي للفظة " قانون " :

يبدو من مطالعة نصوص الكتاب الكريم والسنة النبوية أن لفظ " قانون " ليس عربي الأصل[١] لأنه لم يرد في أيهما ، إلا أنه استعمل في اللغة العربية بمعنى الأصل [٢] أي أن قانون الشئ : أصله وأساسه ، فالقانون بهذا المعنى اللغوي العام يعنى القاعدة المطردة ، أي المستمرة بطريقة منتظمة على نمط ثابت رتيب فيه معنى تكرار أمر معين على وتيرة واحدة ، بحيث يعتبر خاضعا لنظام ثابت ، وهو ما دفع بعض فقهاء القانون المدني إلى القول بأن لفظ " قانون " يفيد النظام [٣] .

كما ورد أن العرب استعملوا لفظ " قانون " بمعنى " المقياس " [٤] فقانون الشئ يفيد : مقياسه ، وهو المعنى الأكثر شمولا في الاستعمالات العلمية والاقتصادية ، ولذا يقال : قانون الجاذبية ، وقانون العرض والطلب وقانون الأجسام الطافية وهكذا . ويرى جانب كبير من الفقه أن هذا المعنى هو الذى كان سائدا في كتابات العرب وفلاسفة المسلمين الأوائل وخاصة فى علوم الطبيعة والطب والهندسة رغم عدم عروبة الكلمة كما سبق القول . ومن ثم فقد

---

[١] أنظر : د/ عبدالناصر توفيق العطار – مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ص٦١ .

[٢] المصباح المنير – ط الحلبي جـ٢ ص٨١.

[٣] د/ سليمان مرقص – المرجع السابق ص٥ ، وانظر د/ نزيه محمد الصادق المهدى – المدخل لدراسة القانون – جـ١ ص٨ .

[٤] القاموس المحيط – جـ٤ ط المكتبة التجارية – ص٢٦١ .

انتهى فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أنه وإن كان الأوربيون أولى من العرب في استعمال لفظ قانون للدلالة على القواعد العامة بكثرة بالغة إلا أن العرب وخاصة فلاسفة المسلمين أول من استعمل لفظ " قانون " في معنى القاعدة أو المبدأ أو القدوة [١] .

٨- المعنى الاصطلاحي العام للفظ القانون :

يذهب غالب الفقه المصري [٢] إلى أن التعريف الاصطلاحي للقانون يجب أن يكون جامعا لخصائص القاعدة القانونية ذاتها ، بل ويزيد البعض منهم[٣] أن هذا الاتجاه هو أقرب التصويرات إلى طبيعة القانون بالمعنى الاصطلاحي ، وما دام الأمر كذلك فإنه لا بأس من إضافة دور القانون ووظائفه إلى هذا التعريف لأنه في العصر الحديث أصبح الدور الذى يلعبه القانون يتغير بتغير الزمان والظروف السائدة في المجتمع حسب المفهوم أو المضمون السائد في الدولة .

وتأسيا على ما تقدم :

فإن جمهور الفقه المصري يذهب إلى أن أصلح التعريفات للقاعدة القانونية أو للقانون بالمعنى العام Droit هو أنه عبارة عن " مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم علاقات الناس في المجتمع " [٤] وبهذا المعنى العام أطلق

---

[١] أنظر د/ مختار القاضى - أصول القانون - الطبعة الثالثة ١٩٦٧م ص١١، ١٢ ، د/ نزيه المهدى المرجع السابق ص٩ ، د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص٥٩.

[٢] أنظر في هذا الصدد : د/ جميل الشرقاوى - دروس في أصول القانون ط١٩٧١ ص١٢ ، د/ منصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم القانونية جـ١ - نظرية القانون ط ١٩٦٩ ص١٤ .

[٣] د/ نزيه المهدي - المرجع السابق ص١٦ .

[٤] د/ سليمان مرقص - المرجع السابق ص٦ ، د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص٦٣ ، د/ توفيق فرج - المدخل للعلوم القانونية - القسم الأول - نظرية القانون ط ١٩٨١ ص١٠، د/ جمال زكى - المرجع السابق ص٢٩ ، د/ حسن كيرة - المدخل للعلوم القانونية - ط ١٩٧١ ص١١ ، د/ محمد على عمران - مبادئ العلوم القانونية ط ٨٠ ص١٠ ، د/ نعمان جمعة - المرجع السابق ص٣٤- ٣٥ ، د/ أنور سلطان -

لفظ قانون على العلم الذى يبحث في مجموعة تلك القواعد ، على أن يفهم أن معنى الإلزام في التعريف السابق هو الجزاء المادي الذى توقعه السلطة المختصة ولو بالقوة الجبرية عند الاقتضاء .

والتعريف السابق يبين لنا الخصائص الجوهرية للقانون ، فهو عبارة عن قواعد تحكم سلوك الأفراد ، وهذه القواعد تتميز بالعمومية والتجريد ، ثم إنها قواعد اجتماعية نابعة من ضرورة وجود مجتمع يأتمر أفراده بأوامرها ، وأخيرا هي قواعد ملزمة للأفراد ، أي أنها مزودة بجزاء توقعه السلطة المختصة في الدولة جبرا عند الضرورة على كل من تسول له نفسه الخروج على أحكام هذه القواعد فضلا عن أن القاعدة القانونية بالمعنى السابق تطبق على كل أفراد المجتمع أيا كان مصدرها ، أي سواء كان مصدرها التشريع الوضعي أم العرف أم الدين ... الخ .

٩- المعنى الاصطلاحي الخاص للقانون :

في مجال المعنى الخاص للقانون يسمى قانونا Loi كل قاعدة أو مجموعة من القواعد تضعها السلطة التشريعية في الدولة لتنظيم أمر معين ، وبهذا المعنى يقال : قانون المخدرات ، وقانون الشهر العقاري ، وقانون تنظيم الجامعات ، وقانون مجلس الدولة ، وقانون إيجار الأماكن ، وقانون العمل ، وهكذا .. والمقصود بذلك التشريع الصادر بتنظيم مسائل معينة نص عليها التشريع المشار إليه [1] .

غير أن المعنى الخاص للقانون يصدق على ما يوصف به القانـــون من

-المبادئ القانونية العامة - ط ١٩٧٤ ص٩، د/ عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص١٣ المبادئ القانونية العامة - ط ١٩٧٤ ص٩، د/ عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص١٣

[1] أنظر : د/ عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص١٣ ، د/ سليمان مرقص - المرجع السابق ص٦ ، د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص٦٣

وصف يضفى عليه معنى معينا ، وحينئذ يقال لـه " القانون الوضعي " ويقصد بهذا الاصطلاح : " جملة القواعد النافذة في دولـة معينـة فـي عصـر معين " ، فيقال بهذا المعنى القانون الوضعي المصري للدلالة على جملة القواعد المعمول بها في جمهورية مصر العربية في الوقت الحالي ، والقانون الوضعي الأمريكي للدلالة على جملة القواعد المعمول بها في أمريكا والنافذة الآن فيها بالفعل .

ويلاحظ أن وصف القانون بـ "الوضعية" يميزه عن القانون الديني أو السماوي الذى يقصد به مجموعة القواعد والأحكام المنزلة من قبل الله عز وجل على رسله لتنظيم علاقة الإنسان بربه وبغيره من الناس ، كما أن هذا الوصف " الوضعية " يميز القانون الوضعي Droit Pasitif عن القانون الطبيعي[1] Droit Naturel وهو عبارة عن المبادئ التى يكشفها العقل والتى تعتبر مثالا هاديا للمشرع الوضعي حتى يقترب من الكمال بقدر الإمكان لتحقيق العدالة .

وأخيرا قد تطلق كلمة قانون ويراد بها التقنين ، أي مجموعة النصوص أو المواد Code الخاصة بفرع معين من فروع القانون فيقال مثلا القانون أو "التقنين" التجاري ، ويقصد بذلك قانون التجار والمعاملات التجارية والقانون المدني للدلالة على قانون تنظيم المعاملات المدنية بين الأفراد ، وهكذا ..

١٠- التعريف الاصطلاحي للقانون حسب غايته وأهدافه :

ذهب جانب من الفقه الأجنبي والمصري إلى أن القانون يجب أن ينظر إليه من ناحية غايته أو هدفه ، فلكل قانون غرض أو هدف يرمى إلى تحقيقه ، وهذا الغرض هو المهيمن على تعريف القانون ، أو هو القيمة التى يستفاد بها المجتمع من القانون ، ولذلك يطلق على هذا الاتجاه " التعريف القيمى" .

---

[1] د/ عبدالناصر العطار – المرجع السابق ص٦٣.

ومـن أهـم الأهـداف التـى يـرى الفقـه أن القـانون يسـتهدف تحقيقهـا هـو "العدالة" ومن ثم فقد عرفوا القـانون بأنـه " مجموعـة القواعـد التـى تهـدف إلـى تحقيق العدالة بين أفراد المجتمع " (١) .

وإذا كانت العدالة هدفا من أهداف القانون علـى النحـو السـابق ، إلا أنهـا ليست الغاية الوحيدة ، بل أن القانون له أهداف أخرى لعل أهمها " تحقيق الخير العام " للمجتمع لأن هذه الوظيفة "الخير العام" Le Bien commun تحقق أهـم غرضين للقانون وهما : صون حريـات الأفـراد ومصـالحهم الخاصـة ، وحفظ كيان المجتمع بإقرار النظام فيه وكفالة المصلحة العامـة ، ومـن ثـم يذهـب هـذا الاتجاه في الفقه المصري إلى تعريف القانون بأنه " مجموعـة القـواعـد الملزمـة التى تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيما عـادلا يكفـل حريـات الأفـراد ويحقق الخير العام " (٢) .

كمـا أن مـن أهـداف القـانون إرسـاء دعـائم النظـام الاجتمـاعي أو تحقيـق التناسق الاجتماعي بين أفراد المجتمع ، ومن أجـل ذلـك عرفـوا القـانون بأنـه " مجموعة القواعد التى تنظم نشاط الأفراد فـي المجتمـع بقصـد تحقيـق التناسـق الاجتماعي " (٣) .

وإزاء تعدد غايات القانون – على النحو السـابق – واختـلاف التعريفـات تبعا لاختلاف أغراض القانون من وجهة نظر البـاحثين : أراد بعـض الفقـه (٤) أن يجمع شتات هذه التعريفات وأن يوفق بين مختلف الاتجاهات فيرى بحـق – أنه لما كان القانون وسيلة لغاية فلا تثريب أن يشار في تعريفه إلـى الغايـة منـه

---

(١) Perelman, : Droit morale et philosphie 1968 P. 22 ets

(٢) د/ سليمان مرقص – المرجع السـابق ص٧-٩ ، وانظـر فـي هـذا المعنـى أيضـا د/ عبدالفتاح عبدالباقى – نظرية القانون – ط ١٩٦٠ ص٦ .

(٣) محمد سامى مدكور – مبادئ القانون – ط ١٩٦٠ ص٢ .

(٤) د/ عبدالحي حجازى – محاضرات في المدخل للعلوم القانونية ط٦٦ ص٢ .

مع الاكتفاء بأن الغاية من القانون هي إرساء دعائم النظام الاجتماعي دون تفصيل في تحديد هذا المضمون الدقيق ، أهو الاستقرار أم الطمأنينة أم تحقيق العدالة ؟ لأنها مسائل نسبية تختلف باختلاف الزمان والمكان والظروف السائدة وتباين وجهات نظر الشراح مع أن الجميع لا يختلفون حول ضرورة أن القانون يرمى إلى تحقيق وإرساء دعائم النظام الاجتماعي في الدولة .

١١- التعريف المختار للقانون :

بمطالعة التعريفات السابقة للقاعدة القانونية نجد أن الفقه المصري والأجنبي لم يستقر بعد على تعريف محدد لها ، ونحن نرى أن هذه الاتجاهات كلها أصابت حينا وأخطأت حينا آخر في تصورها للتعريف الصحيح للقانون إذ لا يمكن النظر إلى وجه للقانون دون التفات للوجه الآخر ، ومن ثم كان قصور هذه التعريفات واضحا لأن من مميزات وخصائص أي تعريف صحيح أن يكون جامعا مانعا ، أى جامعا لأفراد المعرف مانعا من دخول الغير فيه ، والتعريفات السابقة كلها ليست كذلك .

وإذا كان القانون علم له أصوله وقواعده وتاريخه وأساسه الطبيعي المنطقي والفلسفي ، وله خصائصه المميزة ، ويرمى إلى تحقيق غرض معين ، ويؤدى وظيفة محددة في المجتمع ، فيجب أن يكون تعريف القانون " شاملا لكافة هذه المفاهيم التى تتكون منها النظرية العامة للقانون " [١] . خاصة وأن هذا الاتجاه يتمشى مع الاتجاه السائد في الفقه الفرنسي الحديث بالنظر إلى القانون نظرة مزدوجة (قيمية وواقعية وتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع) - ولذلك فنحن نرى أن أصلح التعريفات للقانون هو ما يمكن استخلاصه من مجموع آراء الفقه المصري بأنه " **مجموعة القواعد العامة المجردة التى تنظم سلوك الأفراد في المجتمع وتكون مصحوبة بجزاء مادي يوقع عند الاقتضاء** " .

---

[١] د/ نزيه المهدى - المرجع السابق ص١٨.

المبحث الثاني

خصائص القاعدة القانونية

١٢- تمهيـــد :

تتميز القاعدة القانونية بخصائص تميزها عن غيرها من القواعد فهي لابد أن تكون عامة في تطبيقها مجردة عند نشوئها ، إذ بدون ذلك لا يمكن أن تؤدى وظيفتها ، كما أنها لابد وأن تتسم بالصفة الاجتماعية ، أي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع لضمان تحقيق التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة ، كما أن القاعدة القانونية تتميز بطابع الإلزام ، أي أنها تحتوى على قوة ملزمة بمقتضاها يجبر الناس على احترامها والا كان الجزاء الذى يوقع على كل من يخالف أحكامها بواسطة السلطة المختصة ضربا من العبث .

ونتناول الآن شرح هذه الخصائص بشئ من التفصيل في البنود الآتية:

١٣- أولا : القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة :

العمومية تعنى أن تنطبق القاعدة القانونية على جميع الأشخاص الذين تتوافر فيهم الصفات المحددة بهم من ناحية وعلى كل الوقائع التى تتوافر فيها الأوصاف الواردة بها من ناحية أخرى ، والعموم صفة لازمة للقاعدة القانونية باعتبارها قاعدة [١] .

---

[١] د/ جمال زكى - المرجع السابق ص٤-٩ ، د/ سليمان مرقص - المرجع السابق ص١٠- ١٢ . وانظر في هذه القاعدة : د/ عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص١٤- ١٦ ، د/ حسن كيرة- المرجع السابق ص٢٢- ٢٥ ، د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص٦٧- ٧٠، د/ توفيق فرج - المرجع السابق ص١٣-١٦ ، د/ عبدالحي حجازى - المرجع السابق ص٩١، منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص١٨ .

فمعنى كون القاعدة القانونية عامة Generale أنهـا ليست موجهـة إلـى شخص معين بذاته ، ولا تخص واقعة معينة بذاتها ، أي تتوجه بمضمونها إلـى فئة من الأفراد غير متناهية فـي عددهـا ، ومعينـة بأوصافهـا لا بذواتهـا كنص المادة : ٤/٢ من قانون الجنمية (قانون رقم ٨٢ لسنة ٥٨) التى تعتبر مصريـا من ولد على إقليم الجمهورية من والدين مجهولين .

فهذه المادة يستفيدمن حكمها كل لقيط إذ يعتبر مصريا طبقا لهـا كل من ولد على أرض مصر من والدين مجهولين ن ويتكرر تطبيقـه كلمـا وجد لقيط على الأراضى المصرية ، وكذلك الحكم الوارد في المـادة ٢/٤٤ من التقنين المدني التى تقضى ببلوغ سن الرشد لكل من بلغ إحدى وعشرون سنة ميلاديـة كاملة ... وهكذا .

أما معنى كون القاعدة القانونية " مجردة " Abstraite أي أنها تنشئ منذ وجودها مركزا أو وضعـا لا يتعلـق بشـخص معيـن أو بواقعـة معينـة ، ولذلـك يطبـق حكمهـا علـى كـل شـخص أو واقعـة تتوافـر فيـه أو فيهـا شـروطها دون مراعاة لظروفه أو لظروفها الخاصـة ، ومثـال ذلـك القـانون الخـاص بـالتجنيد الإجباري في مصر الذى يلزم بأداء الخدمة العسكرية كل شخص بلغ سنا معينة وتوافرت فيه شروط معينة ، فهذا القانون ينشئ وضعا مجردا إذا انطبـق علـى فرد فإنه يلزم بأداء تلك الخدمة دون اعتداد بظروفه الشخصية ، أي أن التكليف الموجـه إلـى الأفـراد يؤخـذ فيـه بمعيـار موضوعـي لا شـخصي ، فالعموميـة والتجريـد فـي القـاعدة القانونيـة – وهمـا وجهـان لخصيصـة واحـدة – وصفـان متلازمان منطابقان ، أي أن العموميـة تـؤدى إلـى التجريـد ، والتجريـد يـترتب عليه عمومية القاعدة [١] .

وهذه الخصيصة بشروطها السابقة تميز القاعدة القانونية عن غيرهـا من

---

[١] د/ نزيه المهدى – المرجع السابق ص٢٦ .

الأوامر والقرارات الفردية الخاصة بفرد معين بذاته كالعمل التشريعي الصادر بمنح الجنسية لشخص معين بذاته وكالقرار الإداري الصادر بتعيين شخص معين في وظيفة معينة ، وكالحكم الصادر من القضاء بإلزام شخص معين بالقيام بعمل معين .

فهذه الأوامر أو القرارات أو الأحكام التى تخاطب أو توجه إلى أشخاص معينين بذواتهم تنتهي بمجرد تطبيقها أو تنفيذها بالفعل ، وهي بذلك تخالف القاعدة القانونية التى تبقى حتى بعد تطبيقها في حالة معينة لتحكم حالات لا يمكن حصرها سلفا [(١)] .

فخصيصة عمومية القاعدة القانونية وتجريدها تؤدى إلى حتمية تطبيقها بالنسبة للأشخاص والأعمال (الوقائع) والعلاقات والزمان والمكان .

(أ) فبالنسبة للأشخاص نجدها تخاطب طائفة غير متناهية في عددها ومعينة بأوصافها لا بذواتها كما سبق القول .

وليس معنى هذا أن القاعدة القانونية يجب أن تنطبق على الكافة – أي على جميع الأشخاص – فهناك قواعد لا تنطبق إلا على فئة محددة من الناس قد تتسع وقد تضيق حتى أنها يمكن ألا تشمل إلا فردا واحدا ، وهي تظل مع ذلك قاعدة قانونية مادام أن المخاطب لم يعين بذاته ، ومن ذلك مثلا القوانين التى تحدد مزاولة مهنة من المهن (كمهنة الطب والصيدلة) وكالقوانين التى تحدد وتنظم اختصاصات رئيس الدولة ، ويرى بعض الفقه " أن عمومية القاعدة من حيث الأشخاص لها أهمية كبيرة وعلى الخصوص في القانون العام ، أي ذلك الفرع من القانون المنظم لسلطات الدولة ، فتصرفات الحكام تكون استبدادية إذا لم تصدر تطبيقا لقاعدة عامة مجردة سابقة على هذه التصرفات؛ وهذا هو

---

(١) أنظر : د/ عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق ص١٥ .

مـا يسمى بمبـدأ شرعيـة السلطـة ... ويعتبر هذا المبدأ من أهم ضمانـات الحرية "[١] .

(ب) وبالنسبة للوقائع فإن عمومية القاعدة تعنى - كما سبقت الإشـارة - أنها تنطبق على طائفة غير متناهية مـن العلاقـات أو الوقـائع المتماثلـة كـالحكم الوارد في المادة ٢٠٤ من التقنين المدنـي التـى تنـص علـى انتقـال الملكيـة فـي المنقول بمجرد إتمام عقد البيع ؛ فهذا الحكم الوارد في تلك القاعدة ينطبق علـى أي عقد بيع لأي منقول ، وكالمادة ٤٦٢ التى تنص على إلزام المشترى بنفقـات عقد البيع ، فهي تنطبق على كافة عقود البيع ... وهكذا .

(جـ) وعموميـة القـاعدة وتجريدهـا مـن حيـث الزمـان والمكـان تعنـى أن القاعدة القانونية لا يجب أن توضع لزمن غير محدد ، فهناك قواعـد قانونيـة لا توضـع إلا لتطبـق فـي زمـن معيـن ولمـدة معينـة كـالقوانين الصـادرة بـإعلان الأحكام العرفية ، فهي معدة للتطبيق فقط في فترات معينة كفترات الحروب .

ومن جهة أخرى فإن صفتـى العموميـة والتجريـد لا تستوجب أن تكـون القاعدة القانونية واجبة التطبيق في كـل إقليـم الدولـة ، بـل هنـاك مجموعـة مـن القواعد القانونية لا تسرى إلا في بعض أقاليم الدولة وذلك في حالات اسـتثنائية يغلب أن تكون مؤقتة وهذا هو ما حدث مثلا بالنسبة لإقليم الإلزاس عنـد ضمـه إلى فرنسا بعد الحرب العالمية الأولى ، وكالعرف فإنـه يكـون قانونـا - عندمـا تتوافر شروطه وتنتفى موانعه - قد لا يكون عام التطبيق فـي كـل إقليـم الدولـة بل هناك عرف يسرى فى الحضر فقط ، وآخر يسرى فـي الريـف فقط وثـالث يسرى فى كليهما [٢] .

---

[١] عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص١٦ .

[٢] أنظر : د/نزيه المهدى - المصدر السابق ص٢٩ .

وأخيرا فإن عمومية القاعدة وتجريدها تؤدى إلى تحقيق النظام وتوفير الاستقرار في المجتمع ؛ ذلك أن من شأن العمومية والتجريد انطباق القاعدة القانونية على كل الأفراد المتماثلين في الظروف وعلى كل الوقائع أو العلاقات المتساوية أو المتشابهة فيتحقق بذلك قدر من العدالة النسبية والمساواة في المجتمع .

١٤- ثانيا : القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية لا تحكم إلا السلوك الظاهر :

سبق أن أشرنا أن القواعد القانونية تهدف إلى تنظيم المجتمع ، فالقانون لا يوجد إلا حيث توجد الجماعة ، ووجود قانون بلا جماعة هو مجرد فرض تصويرى لا وجود له إلا في مخيلة الكتاب والفلاسفة أو عالم الأساطير . فالقاعدة القانونية ما وجدت إلا لتنظيم شئون الناس في المجتمع حيث يتزاحم نشاط الأفراد وتتضارب حرياتهم ، ولا يمكن ترك هذا التزاحم أو ذاك التضارب نهبا للفوضى إذا أريد لكل فرد أن يفيد ويستفيد في ظل الحياة المشتركة للجماعة على نحو تحقيق رفاهية وسعادة الفرد والمجموع ، وينبنى على ذلك أن دراسة العلوم القانونية تدخل في نطاق العلوم الاجتماعية وتتصل اتصالا وثيقا وترتبط بها ارتباطا حتميا ، فإذا كان القانون ينظم سلطات الدولة وطريقة الحكم فيها ، اتصل القانون بعلم السياسة ، وإذا نظم أو قنن الثروات ، والإنتاج وطرق المبادلة والتوزيع - الخ .. تم بذلك اتصال القانون بعلم الاقتصاد السياسي ، وإذا تناول القانون كيفية انقياد الأفراد وخضوعهم للقاعدة القانونية أو بحث أسباب خروجهم عليها ، اتصل بعلم النفس ، وهكذا يستبين مدى اتصال علم القانون بغيره من علوم الاجتماع كعلم النفس العام ، وعلم النفس الجنائى ، وعلم الأخلاق [1] ... الخ .

---

[1] أنظر : د/ جمال زكى - المرجع السابق ص١٣-١٤ ، د/ توفيق فرج - المرجع السابق ص١٧ .

والقانون باعتباره قواعد اجتماعية لا يتخصص بالمكان والزمان وتصبح قواعده نسبية تختلف من زمان لآخر ومن مجتمع لآخر حسب نوع العادات والمفاهيم السائدة فيه ، بل أن القاعدة القانونية تتغير في المجتمع الواحد من زمن لآخر تبعا لتطور الظروف السائدة وتقدم الحضارة فيه[١] ، فالقانون المصري يختلف عن القانون الإنجليزي ، والأخير يختلف عن القانون الفرنسي والقانون الفرنسي يختلف عن القانون المصري والأمريكي وهكذا ...

كما أن القاعدة القانونية باعتبارها قواعد اجتماعية لا تحكم إلا السلوك الظاهري أو السلوك الخارجي للأفراد ، ولا تتعداه إلى هواجس نفوسهم؛ أو ما يدور في أعماق سرائرهم ، أو ما يجول في مشاعرهم ونواياهم الداخلية ، فالقانون لا يهتم بالنية طالما بقيت في النفس ، كما لو أضمر شخص ما الحقد للآخرين ، بل وقد يعزم إنسان على قتل شخص دون أن يصاحب ذلك فعل مادي من أفعال القتل ، ففي مثل هذه الأمثلة لا يتدخل القانون طالما ظلت الأمور في عالم النية والضمير ، على أن القانون يعتد في كثير من الأحيان بنية الفرد ودوافعه إذا كانت ذا صلة بالسلوك الخارجي ، من ذلك مثلا اختلاف عقوبة القتل العمد ، عن عقوبة القتل العمد إذا صحبه سبق إصرار ، ومن ذلك أيضا أن المشرع الوضعي يرتب على الحيازة في المنقول والعقار آثارا هامة إذا صحبها حسن النية ، فاكتساب الملكية العقارية بالتقادم الطويل (١٥ سنة) عن طريق وضع اليد على مال مملوك للغير ، يتحول إلى اكتسابها بالتقادم الخمسي (٥سنوات) متى كان الحائز لمال الغير حسن النية ، أي متى كان يجهل أنه يحوز مالا مملوكا للغير[٢] .

---

[١] أنظر : د/ نزيه المهدى – المرجع السابق ص٢٥ ، د/ أنور سلطان – المرجع السابق ص١٠

[٢] د/ توفيق فرج – المرجع السابق ص١٨ ، د/ محمود جمال زكى – المرجع السابق ص١٥ ، د/ عبدالناصر العطار- المرجع السابق ص٧٥ ، د/ محمد عمران – المرجع السابق ص١١ .

ويلاحظ أن الأمر على عكس ذلك تماما في الشريعة الإسلامية ، فالقانون في تنظيمه لسلوك الأفراد لا يتناول إلا قدرا يسيرا ؛ فهو لا يهتم بالنية طالما بقيت في النفس ، كما لا يتعرض لواجب الإنسان نحو ربه ونحو نفسه ، كما لا يتعرض لبعض واجبات الإنسان نحو غيره ، بل ترك الاهتمام بها وتنظيمها إلى قواعد الدين والأخلاق ، فتنظيم القانون لعلاقة الإنسان بربه وبغيره من الناس يعتريها القصور والتخبط مما يؤدى إلى الفوضى والاضطراب بين أفراد المجتمع ما دام الأخير قد ركن إلى قواعد القانون الوضعي وترك مبادئ الشريعة الإسلامية التى نظمت كل هذه الأمور تنظيما دقيقا يؤدى إلى استقرار المعاملات في المجتمع من ناحية والحفاظ على دين الفرد وسعادته في أخراه من ناحية أخرى .

فمبادئ الشريعة الإسلامية تحاسب على النوايا والمقاصد ولا يقبل من الأعمال إلا ما كان خالصا لوجه الله تعالى العليم الخبير[١] حيث يقول الله في كتابه العزيز ﴿ **يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور** ﴾ [٢] ويقول عز وجل فى كتابه الكريم ﴿**ما يكون من نجوى ثلاثة إلا هو رابعهم ولا خمسة إلا هو سادسهم ولا أدنى من ذلك ولا أكثر إلا هو معهم أينما كانوا ثم ينبئهم بما عملوا يوم القيامة** ﴾[٣] .

وعن أبى هريرة عبدالرحمن بن صخر رضي الله عنه قال : " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إن الله لا ينظر إلى أجسامكم ولا إلى صوركم ولكن ينظر إلى قلوبكم " رواه مسلم .

وعن أبى العباس عبدالله بن عباس بن عبدالمطلب رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يروى عن ربه تبارك وتعالى قال " إن

---

[١] أنظر : د/ لاشين الغاياتى – المدخل للعلوم القانونية ط٨٣ ص٢٢ .
[٢] سورة غافر ، الآية (١٩) .
[٣] سورة المجادلة ، الآية (٧) .

الله كتب الحسنات والسيئات ، ثم بين ذلك فمن هم بحسنة فلم يعملها كتب الله تبارك وتعالى عنده حسنة كاملة ، وإن هم بها فعملها كتبها الله له عشر حسنات إلى سبعمائة ضعف إلى أضعاف كثيرة ، وإن هم بسيئة فلم يعملها كتبها الله تعالى عنده حسنة كاملة ، وإن هم بها فعملها كتبها الله سيئة واحدة " متفق عليه .

وهكذا يستبين مدى سمو الشريعة الإسلامية ودقتها في تنظيم السلوك الظاهري والباطني لأفراد المجتمع .

١٥- ثالثا : القاعدة القانونية قاعدة ملزمة مصحوبة بجزاء :

يقصد بقولنا القاعدة القانونية قاعدة " ملزمة" أن اتباعها مفروض على الأفراد ولو بالقوة عند الضرورة [١] وتقوم سلطة عليا في الجماعة بإجبارهم على احترامها بما يتوفر لديها من قوة مادية لا يستطيعون مقاومتها ؛ وصفة الإلزام هذه يعبر عنها "بالجزاء" أو " ركن الجزاء" في القاعدة القانونية [٢] كما يرى البعض ، وإن كنا نرى أن "الجزاء" يختلف عن الإلزام من نواحي عديدة أهمها اختلافهما فى الماهية والأثر ، فماهية الإلزام في القاعدة القانونية سبق بيانها ؛ بينما ماهية الجزاء - كما يرى بعض الفقه- أنه " شر معلق على شرط مخالفة القانون بقصد حمل الإنسان على طاعة أحكامه والعمل بمقتضاه "[٣] .

كما أنهما يختلفان في الأثر ، فالجزاء يكون نتيجة للإلزام في القاعدة القانونية وليس مرادفا له في المعنى ، فوجه الإلزام في القاعدة القانونية لا يؤدى حتما إلى وجود الجزاء مع أن القاعدة القانونية إذا اقترنت بجزاء كان

---

[١] أنظر : د/ محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص٩ ، د/ عبدالحى حجازى - المرجع السابق ص١٢

[٢] أنظر : د/ محمود جمال الدين زكى ص٩ ، د/ سمير عبدالسيد تناغو - النظرية العامة للقانون ط١٩٧٣ ص٦٠ .

[٣] مشار إليه فى المبادئ القانونية العامة للدكتور / أنور سلطان ص١٣ .

ذلك دليلا على وجود صفة الإلزام بين ثناياها .

والجزاء ضروري في القاعدة القانونية لأن مجرد تقرير القواعد القانونية لا يؤدى إلى استقرار وإرساء دعائم النظام الاجتماعي ، لأن حكم القاعدة القانونية يطاع عن شعور وإرادة ، أي أن مشيئة الفرد هي التى تقرر النزول على اتباع حكمها أو مخالفتها ولو تركنا اتباع حكمها وعدم اتباعه لهذه المشيئة لاختل النظام الاجتماعي وعدم المساواة بين أفراد المجتمع ، وتهاوت رسالة القانون ، فتقرر الجزاء ليكبح جماح الفرد ويمنعه من مخالفة القاعدة القانونية جبرا عند الاقتضاء حتى تتحقق المساواة بين الأفراد وتتوافر الطمأنينة ويتحقق النظام في المجتمع [١] .

فالجزاء – كما هو مذهب جمهور الفقه المصري[٢] عنصر هام من عناصر القاعدة القانونية ، بل هو أهم خصائصها . وخلو القاعدة القانونية من الجزاء يجردها من مضمونها القانوني ويجعلها مجرد نصيحة وتوصية أو مجرد قواعد هدى وإرشاد ، وهي ليست كذلك ، بل هي قواعد ملزمة يتعين على أفراد المجتمع أن يحترموها ويخضعون لها طوعا أو كرها حتى يستقر النظام العام فى المجتمع .

وذهب نفر قليل من الفقه الفرنسي[٣] والمصري[٤] إلى أن الإجبار أو

---

[١] أنظر : د/جمال زكى – المرجع السابق ص١٠ ، د/ أنور سلطان – المرجع السابق ص١٣ ، د/ توفيق فرج – المرجع السابق ص١٩.

[٢] أنظر في ذلك : د/ عبدالرازق السنهورى ، د/ حشمت أبوستيت – أصول القوانين ط ١٩٥٢ ص٧١ ، محمود جمال الدين زكى – المرجع السابق ص٩ – ، حسن كيرة – المرجع السابق ص٣٨ ، عبدالودود يحي – المصدر السابق ص١٨ ، عبدالفتاح عبدالباقى – المرجع السابق ص١١١ ، جميل الشرقاوى – المرجع السابق ص٢١ ، منصور مصطفى منصور – المصدر السابق ص٢٦-٢٧ ، نعمان جمعه – المرجع السابق ص٥٢.

[٣] Marty et Raynaud Droit civil, introduction No. 34 P. 22 et Gapitasnt I"ilbicite there Paris, 1928 p.23 et Du pasquier, introduction a la theorie generale de a la philacophe de droit 3 e ed. 1948 no. 30s. ets.

الجزاء ليس لازما لقيام القاعدة القانونية إذ القانون عندهم مجموع القواعد التي تتجه نحو الاقتران بجزاء دون أن يشترط اقترانها فعلا وحتما بهذا الجزاء وخاصة عند الخوف من تعسف السلطة العامة عند استعماله .. فالجزاء عند هذا الفريق ليس عنصرا مكونا للقانون ولكنه عنصر خارجي متعلق بمدى نفاذه، أي أن انعدام الجزاء يقلل من مدى مفعوله ونفاذه في العمل فقط ، ويدللون على صواب نظرهم بتخلف الجزاء في بعض فروع القانون العام خاصة كالقانون الدولي العام والقانون الدستوري .

وهذا الرأي – لدينا – محل نظر لأن قولهم بعدم ضرورة الجزاء خشية من تعسف السلطة العامة مردود عليه بأن دستور الدولة يرسم للسلطة العامة حدودها ويجبرها على احترام القانون والخضوع له طبقا لمبدأ سيادة القانون ، وأما قولهم بأن بعض فروع القانون العام كالقانون الدولي العام والقانون الدستوري جاءت خلوا من الجزاء على مخالفة أحكامها وهي مع ذلك لم تفقد صفة القاعدة القانونية ، هذا القول مردود عليه بما قرره فقه القانون العام من أن القانون الدولى العام له طبيعته الخاصة التى تسمح بانفراده عن سائر القواعد القانونية بمميزات مقصورة عليه على سبيل الاستثناء ولا تصلح أساسا أو مقياسا للتعميم ولا زال يمر بمرحلة التطور والإنشاء ولم تستقر قواعده[1] بعد . هذا فضلاً عن أن معظم قواعد القانون الدولي مقترنة بجزاء مادي إلا أن تنفيذ الجزاء من قبل الجماعة الدولية أمر عسير لظروف وأسباب ليس هذا مجال سردها ، كما أن قواعد القانون الدستوري هي قواعد من العسير إنكار توافر الجزاء أو الإجبار فيها ، غاية الأمر أن الجزاء في القانون الدستوري يتخذ مظهرا يختلف عن مظهر الجزاء العادي المعروف في فروع القانون الأخرى " وهو أمر تستلزمه طبيعة القانون الدستوري ومضمون قواعده التى

---

[٤] أنظر : عرضا لهذه الآراء أ.د/ نزيه المهدى – المصدر السابق ص٣٢ .

[١] أنظر : د/ حسن كيرة – المرجع السابق ص٥١.

تنظم علاقات بين سلطات عامة مستقلة عن بعضها فلا يتصور جزاء في هذه القواعد إلا في نوع من الرقابة التبادلية السابقة واللاحقة بين هذه السلطات"(١) .

وخلاصة القول : أن الجزاء في القاعدة القانونية هو الذى يميزها عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعي على الوجه السابق بيانه .

١٦- خصائص الجزاء :

يتميز الجزاء في القاعدة القانونية بخصائص تخلص فيما يلى :

أ- يتميز الجزاء في القاعدة القانونية بكونه " ماديا أو حسيا " ..، Metetrielle أي أن له مظهرا ماديا خارجيا ، وليس مجرد جزاء معنوي ، فهو يصيب الإنسان في جسمه أو ماله ، أو حريته كحبسه ، أو دفعه للغرامة أو التعويض أو الحجز على الأموال وبيعها جبرا عند الاقتضاء .

ب- يتميز الجزاء في القاعدة القانونية بأنه جزاء حال غير مؤجل ، أي أن يكون له أثر في الحياة الدنيا ولا يؤجل إلى الحياة الآخرة وذلك بمجرد ثبوت وقوع المخالفة بكس بعض القواعد الأخرى كقواعد الدين والأخلاق التى يكون جزاؤها أحيانا مؤجلا إلى الآخرة .

جـ- يتميز الجزاء في القاعدة القانونية بأنه يكون من اختصاص السلطة العامة في الدولة ، فهو يكون محددا سلفا من حيث النوع والمقدار والطبيعة ، وتطبيقه فى المجتمع الحديث منوط بالسلطة العامة المختصة بتوقيعه طبقا للقواعد والنصوص والإجراءات المنظمة لذلك ، فلا يجوز لأي فرد أن ينتقم لنفسه ممن أساء إليه بمخالفة القانون ولا أن يقتضي بالقوة حقه ممن اغتصبه إياه ، على أن يلاحظ أن الجزاء بهذه الخصائص - في رأي البعض- لا

---

(١) نزيه المهدى - المرجع السابق ص٤٣ ، وانظر د/ السنهورى ، وأبوستيت - المصدر السابق ص٣٢ ، عبدالفتاح عبدالباقى ص٣١-٣٢ .

يظهر إلا في مرحلة راقية نسبيا من مراحل تطور القانون ، وأن وجود القاعدة القانونية يكفى فيه أن يكون لها جزاء مادي ، أي رد فعل محسوس يقع نتيجة لمخالفتها "[1] .

١٧- أنواع الجزاء :

يتنوع الجزاء في القاعدة القانونية إلى أنواع مختلفة ويأخذ صورا متعددة تبعا لفروع القانون المختلفة ؛ فهناك الجزاء الجنائي ، والجزاء المدني ، والجزاء الإداري ، والجزاء السياسي ، والجزاء الاجتماعي ... الخ وسنتناول أهم أنواع الجزاء في البنود التالية :

١٨- أولا : الجزاء الجنائي :

الجزاء الجنائي هو أشد صور الجزاء لأنه يمثل العقوبة peine المقررة للجرائم المختلفة ، والجريمة هي كل فعل غير مشروع يمثل اعتداء على النظام في المجتمع ، حتى ولو تضمنت بعد ذلك اعتداء على حق خاص ؛ كما هو الشأن في السرقة إذ هي تمثل اعتداء على حق المجتمع يتمثل في الإخلال بنظامه وزعزعة أركانه ومخالفة قوانينه ، وتمثل في نفس الوقت اعتداء على حق خاص هو المال المسروق إذا كان مملوكا لشخص أو فرد خاص من أفراد المجتمع ، كما أن الجزاء الجنائي يتميز بأنه ذو طابع مزدوج الأهداف فهو يقوم بوظيفتي الزجر والردع معا ، فإذا ارتكب شخص جريمة ما وطبقت عليه العقوبة كان ذلك زجرا له وردعا لغيره خوفا من العقوبة وبذلك يمتنع الأفراد عن ارتكاب الجرائم .

ويأخذ الجزاء الجنائي صورا مختلفة وذلك حسب جسامة الجريمة وحسب محل العقوبة . فمن حيث جسامة الجريمة تنقسم الجرائم إلى ثلاثة أنواع

---

[1] د/ سليمان مرقض ص٢٢-٢٣ ، د/ عبدالمنعم البدراوى- ص٢١ ، د/ جميل الشرقاوى ص٢٥ ، د/ نزيه المهدى ص٣٦.

هي : الجنايات والجنح والمخالفات . والجنايات هي أشد أنواع الجرائم كالقتل والسرقة بالإكراه والاختلاس وجريمة الخيانة العظمى والإخلال بأمن الدولة الخارجي ، وهذه الجنايات عقوبتها الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو السجن (م ١٠ع) .

أما الجنح فهي جرائم أقل خطورة من سابقتها كالسرقة البسيطة أو النصب أو الضرب أو الجرح ، أو خيانة الأمانة : وعقوبتها الحبس أو الغرامة (م١١ع) .

والمخالفات ، هي جرائم يعاقب عليها القانون بالحبس الذى لا يزيد أقصى مدته على أسبوع أو بالغرامة التى لا يزيد أقصى مقدارها عن مائة جنيه مصري م١٢ من القانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٨١) .

أما من حيث المحل الذى تنصب عليه العقوبة فهو قد يلحق الجاني في جسمه كالإعدام ، وقد تسلب حريته مثل السجن والحبس (العقوبات السالبة للحرية) وقد تقيد حريته – فقط– مثل الوضع تحت مراقبة الشرطة ، وقد يقع الجزاء على أموال المجرم مثل الغرامة والمصادرة والتعويض ... الخ .

كما أن الجزاء الجنائي قد يتخذ صورة أخرى من حيث التقسيم بالنظر إلى تقسيم العقوبة إلى عقوبة أصلية وعقوبة تبعية وعقوبة تكميلية .

فالعقوبة الأصلية : هي الجزاء الأصلي المقرر للجريمة كعقوبة الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو السجن .

والعقوبة التبعية : هي جزآت يلحقها القانون بالمحكوم عليه ببعض العقوبات الأصلية فمن حكم عليه بعقوبة جنائية يعزل من وظيفته إذا كان عاملا بالدولة ، فالعزل هو العقوبة التبعية في هذه الحالة .

والعقوبة التكميلية هي : العقوبة التى تلحق بالمحكوم عليه إذا نص عليها القاضى في حكمه ومن أمثلتها وقف مزاولة المهنة أو الحرمان منها ، وعقوبة مراقبة الشرطة في بعض الحالات[1] .

١٩- ثانيا : الجزاء المدني :

وهو الجزاء الذى يوقع عند ثبوت المسئولية المدنية ، وتتولى نصوص القانون المدني والقانون التجاري بيان هذه الجزاءات .

ويأخذ الجزاء المدني عدة صور أهمها :

أ- **الجزاء العيني أو المباشر**[2] Sanction Dir ويسمى أيضا التنفيذ العيني أو التنفيذ الجبري ويقصد به إجبار الفرد كرها على القيام بما لم يقم به مختارا، كما لو امتنع البائع عن تسليم البيع إلى المشتري بعد قبض ثمن البيع ، فحينئذ يجوز للمشتري أن يلجأ إلى السلطة المختصة لإجبار البائع على تسليمه لهذا الشئ قسرا عنه ، وكالحكم بتسليم الطفل لمن يستحق حضانته شرعا طبقا للقانون .

ب- **الجزاء غير المباشر أو جزاء التعويض** : وهو الجزاء الذى يتمثل في دفع تعويض من قبل من خالف القاعدة القانونية لمن لحقه الضرر من هذه المخالفة ، والتعويض في هذه الحالة يكون غالبا جزاء غير مباشر يتمثل في صورة تنفيذ بمقابل وذلك فى الحالات التى يصبح فيها التنفيذ العيني مستحيلا أو على الأقل فيه إرهاق للمدين ، ومثال ذلك إذا كان المال محل الالتزام الأصلي عملا شخصيا يجب أن يقوم به المدين بنفسه ولا يمكن جبره عليه

---

[1] أنظر : د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص٨٦ ، د/ نزيه المهدى - المرجع السابق ص٤٠.

[2] أنظر : عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص٢٤-٢٦ ، نعمان جمعة - المرجع السابق ص٥٤- ٥٦ ، نزيه المهدى - المرجع السابق ص٤٢-٤٦ ، أنور سلطان ص١٣ ، جميل الشرقاوى - مصادر الالتزام ط١٩٧٤ ص١٤

لمساس ذلك بحريته الشخصية كما لو تعهد رسام برسم لوحة ثم امتنع عن رسمها أو تعهد مغن بإحياء حفلة لصاحب أحد المسارح ثم امتنع عن الحضور حتى انقضى ميعاد الحفلة ، ففي مثل هذه الأمثلة يتحول التنفيذ العيني إلى تنفيذ بمقابل يتمثل في إلزام الرسام أو الممثل بدفع تعويض للدائن عما لحقه من ضرر بسبب امتناعهما عن تنفيذ التزامهما الأصلي ، ويلاحظ أن التعويض قد يكون جزاء أصليا مباشرا كذلك الذى يدفعه صاحب السيارة عن إصابة تسبب فيها للغير في شخص أو ماله .

وقد يكون جزاء تكميليا لجزاء أصلي؛ كما لو امتنع المدين عن تنفيذ عقد معين التزم به ، فهنا يمكن للدائن أن يطلب فسخ العقد بصفة أصلية ، ويطلب بصفة تكميلية التعويض عما لحقه من ضرر مادي أو أدبي بسبب عدم تنفيذ ما التزم به المدين ؛ ويراعى – أخيرا– أن التعويض قد يكون اتفاقيا أو قانونيا أو قضائيا ، **فالتعويض الاتفاقى** هو ما يتفق فيه المتعاقدان مقدما على مقداره وشروطه ويسمى بالشرط الجزائي ، **والتعويض القانوني** هو ما يقرره القانون كفوائد على مقدار الدين وهو ٤٪ فى المسائل المدنية ، ٥٪ في الديون التجارية ، ويجوز الاتفاق بين المتعاقدين على سعر آخر للفوائد بحيث لا يتعدى ٧٪ سنويا ، وهذه الفوائد كما هو ظاهر فوائد ربوية يقررها القانون الوضعي ، وتنهى عنها وتحرمها الأديان السماوية وخاصة مبادئ الشريعة الإسلامية ، **والتعويض القضائي** هو التعويض الذى يقرره القاضى بحسب ما لحق الشخص (الدائن) من خسارة وما فاته من كسب[1] .

جـ– جزاء البطلان : وهو انعدام أثر التصرف القانوني لعيب شابه عند تكوينه سواء أكان هذا العيب في التصرف منصبا على ركن من أركانه أو شرط من شروطه ؛ ويلاحظ أن العيب إذا شابه التصرف بعد تكوينه صحيحا فإن

---

[1] أنظر : عبدالناصر العطار – المرجع السابق ص٨٧ ، نزيه المهدى ص٤٢-٤٣.

الجزاء لا يكون البطلان وإنما قد يكون الفسخ أو غيره من الجزاءات المدنية الأخرى التى سنعرفها قريبا .

ويتنوع البطلان إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي ، والبطلان المطلق هو عدم الاعتداد بأي أثر للتصرف الذى وقع مخالفا للقاعدة القانونية وذلك لتخلف أحد أركان التصرف (كالعقد) ؛ مثل تخلف ركن الرضا أو المحل أو السبب ، أو تخلف شكلية يتطلبها القانون في التصرف مثل اشتراط تحرير عقد الهبة أو عقد الرهن الرسمي في عقد رسمي ، أي ضرورة انعقاد العقد على يد موظف رسمي مختص يسمى الموثق، وهذا البطلان يحكم به القاضى من تلقاء نفسه دون طلب من أحد الخصوم .

أما البطلان النسبي فهو أخف وطأة من سابقه (كجزاء) ويكون بسبب عيب شاب إرادة أحد المتعاقدين كوقوع أحدهما في غلط أو تدليس أو إكراه أو بسبب نقص أهلية أحدهما ، وهو يتميز عن سابقه بأن القاضى لا يحكم به من تلقاء نفسه ، بل لابد من تمسك من شابت إرادته عيب أو كان هنالك نقص في أهليته أن يمسك به ، كما أن من خصائصه أن الإجازة " إجازة التصرف" تلحقه ممن له الحق فيها [١] .

د- **جزاء الفسخ** : الفسخ هو إلغاء التصرف القانوني وآثاره في الماضى والمستقبل لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين أو كليهما لالتزامه التعاقدي الملزم للجانبين ، والتصرف القانوني يكون صحيحا من جميع الوجوه ولكن يقع بعد نشوء ما يحول دون تنفيذه ، فيقضى بفسخ العقد وبه يتحلل الطرفان من التزامهما ويعادان إلى حالتهما قبل التعاقد ، والفرق بينه وبين البطلان أن الأخير يكون لعيب شاب العقد عند التكوين ، أما الفسخ فيكون لعيب في العقد بعد التكوين ولسبب في التنفيذ ، ومثاله امتناع البائع عن تسليم المبيع

[١] أنظر : عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق ص٢٤ ، نعمان جمعه ص٥٦ .

فيكون للمشترى أن يطلب فسخ عقد البيع واسترداد الثمن والامتناع عن دفع ما لم يتم دفعه من الثمن [١] .

د- **جزاء عدم النفاذ :** ويسمى في فقه القانون المدني "عدم نفاذ التصرف" ويقصد به التصرف الذى ينتج أثره فيما بين طرفيه ، ولكن لا يعتد به ولا يكون له أي أثر بالنسبة للغير الذى يتأثر بهذا التصرف ، ومثاله عدم نفاذ الرهن الرسمي بالنسبة للغير عند عدم قيده في الشهر العقارى ، كما لو قام البائع ببيع عقاره (المنزل) لشخص آخر قام بتسجيل البيع في الشهر العقارى، فجزاء الرهن غير المقيد هو عدم النفاذ في مواجهة المشترى الذى يتلقى العقار خاليا من الرهن لأن الحكمة من إجراءات الشهر هي حماية الغير لا المتعاقدين ومن ثم فهو يوفر العلانية والعلم لكافة الناس[٢] .

٢٠- ثالثا : الجزاء الإداري :

الجزاء الإداري هو الجزاء المقرر على مخالفة قواعد القانون الإداري المنظمة لسير المرافق العامة والحياة الإدارية وحسن تأدية موظفى الدولة لواجباتهم الوظيفية .

ومثاله الجزاءات التى توقع على موظفى الدولة لمخالفتهم للقواعد القانونية الخاصة بالعمل الوظيفي مثل الإنذار أو اللوم أو الحرمان من الترقية أو المكافأة ، أو الفصل من الوظيفة العامة مع حفظ الحق في المعاش أو المكافأة أو العزل والحرمان منهما معا أو من بعضهما ... الخ . ومن الجزاءات الإدارية ما يقترب من الجزاءات المدنية مثل : إلغاء القرار الإداري المخالف للقانون أو عدم نفاذه في مواجهة شخص معين ، أو التعويضات التى

---

[١] عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق ص٢٦ ، جميل الشرقاوى ص٢١٥ .

[٢] أنظر : نعمان جمعة ص٥٦ ، نزيه المهدى ص٤٦ ، عبدالحي حجازى – المرجع السابق ص٧٦.

يستحقها شخص معين وتتقرر بحكم قضـائي عند إصابته بضـرر مـا مـن قبـل الإدارة .

ومن الجزاءات الإدارية ما يقترب من الجزاءات الجنائية كالغرامات والأمر بغلق المنشآت الصناعية والتجارية المخالفة لقواعد أحكـام القـانون الإداري[١] .

٢١- الخلاصة :

هذه هي أهم أنواع الجزاء ، أهم خصائص القاعدة القانونية . ونود التنبيه إلى أن هنالك أنواعا أخرى من الجزاءات المنصوص عليها في كتب المطولات كالجزاء السياسي الذى يوقع عند الإخلال بواجب سياسـي كالحرمـان مـن القيـد في جداول الانتخابات وعدم مباشـرة الحقوق السياسية ، وكجـزاء الطـرد ورد الشئ إلى أصله كما هو الشأن في التعدى على الأموال العامة أو الخاصـة دون وجه حق – كقطع جسور الترع العمومية والمصارف ... الخ .

ويلاحظ أخيرا أن القـانون قد يتضمن جـزاء جنائيا فقط عند مخالفـة أحكامه [٢] ، وقد يتضمن جزاء مدنيا فقط ، أو جزاء إداريا فقط . ومن القواعد القانونية ما يجمع بين الجزاء المدني والجنائي ، أو بيـن أكثر من نوعين من هـذه الجزاءات وذلك حسب نوع الجريمـة والعقوبـة المنصوص عليها في القانون .

---

[١] أنظر : عبدالحي حجازى ص٧٩ ، نزيه المهدى ص٤٧ ، وانظر : د/ لبيب شنب – مذكرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية ط ص٢٨ .

[٢] أنظر : عبدالناصر العطار – المرجع السابق ص٨٨.

الفصل الثاني
نطاق القانون وصلته بقواعد الدين والأخلاق

المبحث الأول
نطاق القانون (مداه)

٢٢- دور القانون ونطاقه :

سبق أن أشرنا إلى أن وظيفة القانون الأساسية هي تنظيم علاقة الناس في المجتمع بمعنى أنه يحدد نشاط كل شخص في مواجهة أعضاء الجماعة ، ولتحقيق هذه الوظيفة يقوم القانون بدور هام في المجتمع ، ويختلف نطاق هذا الدور ضيقا واتساعا تبعا للفلسفة السائدة في المجتمع ؛ حيث يرى فقه القانون المدني أن دور القانون وتحديد دائرته ونطاقه يتحدد حسب النظام السائد في الدولة ، أهو المذهب الفردي الذى يعنى بالفرد ويجعله الغاية المنشودة من كل تنظيم اجتماعي ، أم المذهب الاشتراكي الذى يعنى بالمجتمع ويسخر الفرد لخدمته ؟ حيث يتسع دور القانون ويصبح كوظيفة اجتماعية لإشباع حاجات الجماعة ، ومن ثم تتدخل الدولة تدخلا إيجابيا في ظل هذا المذهب لتنظيم الحقوق والواجبات (١) .

---

(١) أنظر فيما سبق : جميل الشرقاوى- دروس في أصل القانون ط٧١ ص٧١ ، شمس الدين الوكيل ، دروس في القانون ط٦٦ ص٢٧ ، توفيق فرج - المدخل للعلوم القانونية ط١٩٥٦ ص١٥٠ ، أبو زيد عبدالباقى - محاضرات في نظرية القانون ط١٩٧٧ ص١٨ ، عبدالحي حجازى - المدخل لدراسة العلوم القانونية ط٦٦ ص٢٤٤ ، عبدالفتاح عبدالباقى - نظرية القانون ط١٩٥٤ ص٢٢ ، السنهورى وحشمت أبو ستيت - المرجع السابق ص٢٢ وما بعدها ، منصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم القانونية جـ١ - نظرية القانون - ط١٩٦٩ ص١٦٢، محمد على عرفة - مبادئ العلوم القانونية ط١٩٥١ ص٢٨ وما بعدها ، مختار القاضى - أصول القانون -ط ١٩٦٧ ص٢٢ وما بعدها ، عبدالمنعم الصدة- أصول القانون - ط بيروت ١٩٧٢ ص٢١ وما بعدها ، سمير عبدالسيد تناغو - النظرية العامة للقانون ط١٩٧٣ ص١٠٩- ٢٣٠ -

وسنتناول الآن معالجة كل من المذهبين من الناحية القانونية لنري مدى مسلك المشرع الوضعي المصري نحو الأخذ بأيهما .

٢٣- المذهب الفردي- مضمونه- أسسه :

قلنا آنفا أن المذهب الفردي أو مذهب الحرية Doctrine individualisto يعنى أن الفرد هو غاية القانون المنشودة ، وكل النظم القانونية يجب أن تفتش عن خير القواعد التى تحقق بها سعادة الفرد وحريته ورفاهيته ، بل هو يقوم على تقديس الفرد وجعله محور الحياة الاجتماعية ، ولقد وجد المذهب الفردي أرضه الخصبة للنمو والازدهار أثر انتهاء عصر الامبراطورية وتدهور نفوذ الكنيسة فى أوربا ، والقضاء على النظام الاقطاعي ونظام الطوائف ؛ فتجمع هذه العوامل أدى إلى ظهور الدول بصورتها الحديثة التى تتميز بالصلة المباشرة بين الفرد والدولة ، وهذا أدى بدوره إلى أن تتركز القوة الحقيقية على عنصري الفرد والدولة ، وبذلك تهيئت الظروف المناسبة والوقت الملائم لتركيز الضوء على الفرد وحريته ودوره وأهميته في المجتمع .

ويرى الفقه[١] أن الفضل في تأسيس المذهب الفردى وانتشاره وذيوع صيته يرجع إلى الفلاسفة لوك Lock وكانت Kant وروسو J. J. Rousseau .

-حسن كيرة – المدخل إلى القانون ط١٩٧١ ص١٦٦-١٨٠ ، محمد سلام مدكور – مبادئ القانون – ط١٩٦٠ ص٦ وما بعدها ، عبدالودود يحي – المدخل لدراسة القانون ط١٩٧٦ ص٢٧ وما بعدها ، وسليمان مرقص ص٢٩ . وانظر في هذا الموضوع في الفقه الفرنسي :

Carbannier j, droit civil, j. intrrodiction a 1 etude du droit et droit civil paris 1967 p. is ets. De la cressaye et labarde lacoste introduction generale a 1 etude du droit paris 1976 p. 29 No. 38 ets.

Starrk b. droit civil introduction paris 1972 p. is No. 30 ets. Kant, Elements metaphey siaue de la doctrine du droit troduit par j, Barni 1923 p. 169 Badbruch, du droit individualiste au droit social Arch. de phil, du droit 1931 No 3-4 pp. 387- 398.

[١] أنظر سليمان مرقص ص٣٠ .

والفقيه بيدان Beudant وجميعهم يرون أن الإنسان خلق حرا ، وأن سعادته مرتبطة بحريته ، وأن حقه في الحرية بجميع صورها حق مستمد من الطبيعة لا من القانون ، بل هو سابق على وجود القانون ، لأن القانون لم يوجد إلا لصيانة حقوق الأفراد الطبيعية ، أي أن الفرد لم يخلق للمجتمع ولكن المجتمع وجد لصالح الفرد ، ومن ثم فهو يستطيع مزاولة نشاطه المادي والفكر الروحي على أن يستأثر بنتاج هذا النشاط دون مزاحمة من أحد أفراد المجتمع ، وإذا كان الأمر كذلك إلا أن التوفيق C ordination بين حقوق الأفراد المتضاربة أو المتقابلة تقتضى تقييد كل حق طبيعي للفرد بالقدر الضروري لمنع اصطدام هذه الحقوق بحقوق غيره من الأفراد ، ومن هنا جاء التقابل والتلازم بين الحق والواجب ، ومن ثم فإن وظيفة القانون في هذا المذهب تقتصر على "التوفيق بين الحقوق الخاصة ومنع التضارب فيما بينها ، وتقتصر وظيفة الدولة على حفظ الأمن في الداخل والخارج " [١] .

وفيما عدا ذلك يعطى الفرد كل الحقوق والحريات من كل الجوانب الخلقية والدينية ، والاقتصادية والسياسية والاجتماعية والقانونية .

فمن الناحية الخلقية والدينية يمنح المذهب الفردي للشخص حرية العقيدة واتباع ما يشاء من العقائد والتعاليم الدينية وممارسة ما يشاء من النشاط الفكري والروحي الذى يلائمه .

ومن الناحية الاقتصادية فهو يعطى الفرد كل حريته في ممارسة النشاط الاقتصادي بدرجة أن "الفزيوقراط" بلور الجانب الاقتصادي لهذا المذهب بأن أنصاره نادوا بالحرية الاقتصادية التى ترى في الدافع الفردي المنافسة بين الأفراد الدعامة الكافية لزيادة الإنتاج وقالوا في هذا الصدد عبارتهم المشهورة "دعه يعمل دعه يمر"[٢] Laissew faire laissew passer .

---

[١] البدراوى – السابق ص٣٠.

[٢] Beudant le droit individuel et l etat 1891 No. 93

ومن الناحية التاريخية يرى أنصار هذا المذهب أن الزعامات السياسية والشخصيات الفردية التى تولت قيادة مجتمعاتها هي التى صنعت التاريخ بسلوكها وعبقريتها .

ومن الناحية السياسية والاجتماعية والقانونية يرى هذا المذهب كما سبقت الإشارة – أن الفرد هو العنصر الأساسي والغاية النهائية من تنظيم المجتمع ، بحيث يجب أن يستهدف المجتمع في أي قانون يسنة أو نظام يضعه فائدة الفرد وحريته وإعطائه أكبر قدر من الحقوق والنشاط الفردي[١] .

أما أساس المذهب الفردي فهو يخلص في فكرة "العقد الاجتماعي" Le contrat social وهي تلك الفكرة التى سادت بين فلاسفة القرن السابع عشر والثامن عشر .

وخلاصة هذه الفكرة : أنه لما كان الفرد يتمتع منذ ولادته بحقوق طبيعية لصيقة به منذ ولادته ، ويستطيع أن يكيف نشاطه الفردي في استعمالها بحرية كيفما يشاء ، ولما كان الفرد لا يستطيع أن يعيش منعزلا عن أفراد المجتمع ، بل لابد من الدخول معهم في علاقات مشتركة ، وهو أمر تقتضيه ضرورة العيش في مجتمع واحد ، لكل هذه الأسباب : يقوم الأفراد بمحض إرادتهم بإبرام عقد بينهم يسمى "العقد الاجتماعي" وهو عقد بمقتضاه تلتزم الجماعة بالعيش سويا في المجتمع على أساس من الحرية واحترام الحقوق الطبيعية المتبادلة لكل منهم ، أي أن الأفراد لا يرتبطون بالمجتمع إلا بذلك العقد الذى عقدوه ، وهو عقد يعطيهم ضمانات في مواجهة السلطة الحاكمة الذى يقتصر دورها على منع أي فرد من الاعتداء على حقوق الآخرين[٢] .

---

[١] د/ نزيه المهدي – المصدر السابق ص٦٧ .

[٢] أنظر : عبدالمنعم البدراوى – ص٣١ .

٢٤- تقدير المذهب الفردي :

المذهب الفردي أو الحر يصل بنا من خلال مضمونه وأسسه إلى النتائج الآتية :

أ- أن الأفراد في المجتمع متساوون في الحقوق والواجبات . فالحرية la bber والمساواة legalite حقان طبيعيان رئيسيان لكل أفراد المجتمع ، ومن ثم فإن مهمة القانون تنحصر فى التوفيق بين الحريات والحقوق الفردية لأفراد المجتمع حتى ولو كان ذلك بتقييد هذه الحقوق على سبيل التبادل دون أن يتجاوز هذا التقييد الحد الأدنى الضروري لضمان حرية الجميع وحقوقهم .

ب- يقوم المذهب الحر- من الناحية الاقتصادية - على إطلاق المنافسة الحرة بين الأفراد في النشاط الاقتصادي ، ولا يجوز للدولة أن تتدخل من جانبها في هذا النشاط ، وهذا التنافس هو الذى يحقق الخير العام والصالح العام .

جـ- من الناحية القانونية : يترتب على المذهب الفردي أن تكون إرادة الفرد حرة في عقد وإبرام ما يشاء طبقا لمبدأ "سلطان الإرادة" ومبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" .

د- وأخيرا يترتب على المذهب الفردي نتيجة هامة هي : ضيق دائرة القواعد الآمرة التى لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، وتتضاءل فيه فكرة النظام العام والآداب على حساب ازدياد القواعد المكملة التى سنعرفها تفصيلا فيما بعد .

ولا ريب أننا إذا أردنا تقييم هذا المذهب سنجد أن له بعض المزايا وكثيرا من العيوب؛ ولعل أهم مزاياه أنه يحد من عسف وطغيان واستبداد السلطة الحاكمة؛ حيث كان هذا المذهب سدا منيعا ضد طغيان الحكام وتحكمهم في الأفراد باسم المجتمع ، كما تقررت في ظله مبادئ الإعلان

العالمي لحقوق الإنسان ، وكان له أكبر الأثر في تعديل دساتير البلاد المختلفة لتضمن لكل فرد قدرا وفيرا من الحرية في العمل وتشجيع النشاط الفردي للإنسان ومنحه الحماية والاطمئنان في وقت اشتد فيه تحكم الدولة وأهدرت الحرمات [١] .

غير أن لهذا المذهب مساوئه العديدة لعل أهمها أنه غالى في إطلاق الحرية الخاصة للأفراد ، وقد أظهر الواقع العملي أن ترك الحرية على إطلاقها للأفراد يؤدى إلى تحكم الأقوياء في الضعفاء وإلى سيادة الأنانية والإثرة ، بل وإلى عدم تكافؤ الفرص بين طرفي العلاقة التعاقدية والاقتصادية والاجتماعية في المجتمع لأن التقدم الاقتصادي والصناعي في المجتمع المعاصر أدى إلى وجود قوة اقتصادية هائلة في المجتمع كشركات المساهمة والاتحادات التجارية والصناعية ، وظهور الصناعات الكبيرة على حساب الصانع والمنتج الصغير وأصبحوا عمالا وأجراء يخضعون لرب العمل ، ولذلك بدا أنه يجافى العدالة في ترك العلاقة التى تربط هؤلاء برب العمل حرة دون تنظيم ، خاصة وأن مبادئ هذا المذهب غالى في عدم الاكتراث بالصالح العام فليس من صحيح القول دائما أن الصالح العام هو مجموع مصالح الأفراد؛ بدليل أن ثمة مصالح عامة قد لا يفكر الأفراد في القيام عليها ، وهم إن قاموا بها لا يعطونها ما تستحق من اهتمام وعناية كمرافق التعليم مثلا ، والإحسان العام ، وهكذا [٢] .

٢٥- المذهب الاشتراكي (الاجتماعي) مضمونه وأسسه :

المذهب الاشتراكي أو الاجتماعي Le doctrine socialist لا يعنى بالإنسان كفرد في ذاته ، ولكنه يعنى به ككائن اجتماعي مرتبط بغيره من الناس ويتضامن معهم في سبيل تحقيق مصالح الجماعة التى تجمعهم ،

---

[١] أنظر : نزيه المهدي – ص٧١.

[٢] أنظر : عبدالمنعم البدراوى– ص٣٣-٣٤ .

فالجماعة هي الهدف الأسمى من الوجود لأنها هي الغاية وليست الوسيلة ، ولذلك كانت هي القيمة العليا التى ينبغى حمايتها والتمكين لصالحها وخيرها[١] .

ولقد قام هذا المذهب من خلال واقع فرضته الظروف وبلورته العديد من أفكار كتاب القرن التاسع عشر– وخاصة منتصفه الأخير وعلى رأسهم كارل ماركس وإنجلز– حيث شهدت هذه الفترة قيام الثورة الصناعية والتوسع في استخدام الآلة ، وظهور الاحتكارات الكبرى واتساع الهوة بين طبقة العمال وطبقة أصحاب العمل ، وازدياد حوادث العمل التى لا يقابلها تعويض لأنها وقعت بفعل الآلة ، وفي معظم الأحيان تكون مجهولة السبب؛ ومن ثم لا يمكن إثباتها [٢] . وبظهور مساوئ المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه ، ظهر المذهب الاجتماعي الذى يقرر ضرورة تسخير الأفراد لخدمة الجماعة لتحقيق الصالح العام ، إذ أن تحقيق صالح الجماعة يحقق بالتبعية وآليا صالح الفرد لأن الخير الذى يصيب الكل (الجماعة) يوزع على الأجزاء (الأفراد).

والغرض المباشر للقانون في ظل هذا المذهب هو خير المجتمع ، الذى يقوم على فكرة العدل العام " أو العدل التوزيعي أو الاجتماعي" الذى يسوى بين مختلف القيم المتعلقة بالأشخاص وفقا لمقتضيات الصالح العام [٣] .

كما أن المذهب الاجتماعي أدى إلى توسيع نطاق القانون ، وتكاثر القواعد القانونية ، وتنوع الواجبات السلبية والإيجابية[٤] التى يلقيها القانون على عاتق الأفراد .

---

[١] حسن كيرة – المصدر السابق ص١٧١ .

[٢] أنظر : نعمان جمعه – المرجع السابق ص٨٤–٨٥ .

[٣] أنظر : حسن كيرة – ص٧٢.

[٤] سليمان مرقص– ص٣٣ .

ويختلف أنصار المذهب الاجتماعي فيما بينهم تطرفا واعتدالا في الأسلوب الأمثل لتحقيق هدفهم وهو "المساواه الفعلية" بين أفراد المجتمع ، فمنهم من ذهب إلى الإبقاء على الملكية الفردية ووسائل الإنتاج في حدود معينة مع اقتراح نظام إصلاحي يعالج مساوئ وعيوب الملكية الفردية ، وهذا الفريق يطلق على هذه النظرية إسم الاشتراكية الإصلاحية le sacialisme reformiste وذهبهم بعضهم الآخر إلى الجنوح نحو ما يسمونه بالاشتراكية المتطرفة أو النظرية الماركسية التى تستهدف تحقيق ثلاثة أهداف هى :

أ- من الناحية الاجتماعية : تحقيق قدر كاف من المساواة أو العدالة. uneidee de liberte et de justice

ب- من الناحية السياسية : تحقيق قدر كاف من الحرية .uneidee de liberte

جـ- من الناحية الاقتصادية : تحقيق قدر كاف من الإنتاجية[1] une idee de productivite

٢٦- تقدير المذهب الاشتراكي (الاجتماعي) :

المذهب الاشتراكي يرجع إليه الفضل في كشف مساوئ المذهب الفردي وكبح جماح الفردية المتطرفة وما تجره من طغيان وتحكم الأقوياء في الضعفاء وإهدار صالح الجماعة في سبيل صالح الفرد؛ كما كان له فضل التنبيه إلى حقيقة أغفلتها المذاهب الفردية وهي أن المساواة القانونية لا تكفى وحدها لإقامة مجتمع صالح إذا انعدمت المساواة الفعلية .

غير أن هذا المذهب لا يخلو من مساوئ وعيوب لعل أهمها : إهدار حرية الفرد وشدد قبضة الدولة عليه تشديدا لا تؤمن عواقبه[2] فقد تندفع الدولة

---

[1] أنظر في ذلك تفصيلا : د/ نزيه المهدى – الملكية في النظام الاشتراكي- وهي رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة عام ١٩٧١ ص٨ وما بعدها . وانظر :Perthod: prodhab et la proprie Paris 1910 pp. 209- 220 .

[2] أنظر : حسن كيرة ص١٧٣ .

– طبقا لمبادئ هذا المذهب – في غالب الأحيان إلى التحكم والاستبداد بحجة الحفاظ على مصالح الجماعة .

٢٧– موقف القانون المصري من المذهبين السابقين :

سبق أن ذكرنا مزايا وعيوب المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي ، والأصل أن القانون في كل بلد يصدر متأثرا بإحدى النزعتين ، إلا أنه يتحاشى الغلو نحو أحدهما لكي يجمع بين مزايا النزعتين ، ولم يخرج المشرع الوضعي المصري عن هذا المسلك حين حاول التوفيق بين مزايا المذهبين وطرح عيوبهما جانبا بقدر ما وسعه الجهد وأدركته الطاقة .

ولعل القضاء المصري كان له جهده المشكور في الحد من النزعة الفردية المطلقة التى ورثها القانون المدني القديم عن التقنين الفرنسي بما أقر من نظريات اجتماعية الصيغة كنظرية التعسف في استعمال الحق ، ثم جاء التقنين المدني الحالي صورة من الاعتدال بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية ، فلا هو يسخر الفرد لمصلحة الجماعة ولا هو يضحى بمصلحة الجماعة لصالح الفرد [(١)] وإنما يقيم توازنا بين حقوق الفرد وحريته كما يحتم احترامها العدل الخاص وبين حقوق الجماعة وصالحها كما يفرض احترامها العدل العام [(٢)] .

كما أنه لا يطلق العنان للإرادة الحرة وسلطانها في إنشاء العقود والتصرفات وترتيب آثارها القانونية ، ولا هو ينفى اعترافه وتقريره لحقوق الأفراد وتمتعهم بهذه الحقوق واستعمالهم لها على الوجه المقرر قانونا .

وآية ذلك أنه يقر حق الملكية الفردية ، إلا أنه يورد عليها من القيود ما

---

(١) أنظر في هذا المعنى : عبدالرازق السنهورى ، حشمت أبو ستيت – المرجع السابق ص٦٩ .

(٢) حسن كيرة – المرجع السابق ص١٧٧ .

يجعلها ذات وظيفة اجتماعية وليست مجرد ميزات فردية ، كما ونلمح في القانون المدني المصري الحالى آثارا عديدة تدل على اتجاه المشرع الوضعي المصري الحديث نحو المذهب الاجتماعي.(الاشتراكي) منها أخذه بنظرية الاستغلال ، وبنظرية الظروف الطارئة ، وبنظرية إساءة استعمال الحق .

ولقد ازداد هذا الاتجاه قوة بعد ثورة ٢٣ يوليو حيث سارت الدولة بخطى واسعة نحو تطبيق المبادئ الاشتراكية نخص بالذكر منها على سبيل المثال : تأميم البنوك وشركات الإنتاج الكبرى ، ومعظم شركات التجارة الداخلية والخارجية وإنشاء قطاع عام يضطلع بكثير من الأعمال الاقتصادية ، واشتراك العمال في إدارة الشركات والمصانع ، وتسعير كثير من السلع الغذائية .

كما نصت الدساتير المصرية المتعاقبة على مبدأ تكافؤ الفرص لجميع المصريين ، وأن الأساس الاقتصادي للدولة هو النظام الاشتراكي بدعامتيه (الكفاية والعدل) وأن الثروات الطبيعية سواء ما كان منها في جوف الأرض أو المياه الإقليمية : ملك للدولة وهي التى تكفل حسن استغلالها ، وأن الدولة تكفل خدمات التأمين الاجتماعي والمعاملة العادلة والرعاية الصحية لجميع المصريين [١] .

وإلى هذه المعاني جميعها أشارت المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الحالى بقولها "إن الاتجاه الرئيسي الأخير أن المشروع لا يقدس حرية الفرد إلى حد أن يضحى من أجلها بمصلحة الجماعة ولا يجعل من سلطان الإرادة المحور الذى تدور عليه الروابط القانونية ، بل هو يوفق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة فلا تزال حرية الفرد وسلطان الإرادة وحقوق الدائنين واحترام الملكية محلا لنصوص كثيرة في المشروع تلمح فيها أثرا ظاهرا للتوفيق ما بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة ، وبذلك يكون المشروع قد

---

[١] أنظر فيما سبق : سليمان مرقص ص٣٣-٣٥ ، عبدالمنعم البدراوى ص٣٨-٤٠ ، نزيه المهدى – المدخل لدراسة القانون جـ١ نظرية القانون ص٨٠-٨٦.

سجل بأمانة ما تمخض عنه القرن العشرين من مبادئ مقررة في العدل الاجتماعي [1] .

بيد أن الميل إلى المذهب الاشتراكي ظهرت مساوئه العديدة في كثير من أنشطة الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والقانونية مما حدا بالحكومة المصرية – أخيرا – أن تستجيب لما يعتمل في نفوس الشعب المصري من ضرورة الاتجاه نحو الميل إلى المذهب الفردي ، وبذلك ظهر ما يسمى "خصخصة" لكثير من الشركات والمشروعات التى كانت "قطاع عام" وأرهقت الشعب المصري بكثير من الخسائر اعتبارا من منتصف الثمانينات من القرن الماضي ، ويمكن القول أن النظام القانوني والاجتماعي والاقتصادي المصري الحالى يميل بقوة نحو المذهب الفردي الذى يعطى الفرد حريته في ممارسة النشاط الاقتصادي الذى يرغبه في إطار "المشروعية القانونية" السائدة في المجتمع .

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني الجديد – جـ٢ ص١٤ وما بعدها .

المبحث الثاني

صلة القانون بقواعد الدين والأخلاق والمجاملات

المطلب الأول

الدين والقانون

٢٨- قواعد الدين تنظم سلوك الناس في المجتمع :

سبق أن ذكرنا أن القانون هو مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع ، وقواعد الدين هي الأخرى تهتم بتنظيم السلوك الاجتماعي للأفراد ، وقد حاول فريق من الفقه تعريف الدين بأنه مجموعة الأحكام التى تعتقد مجموعة من البشر أنها من عند الله[1] .

وهو تعريف غير دقيق نظرا لأن هذا "الاعتقاد" قد لا يتوافر لدى البعض ومع ذلك فإن قواعد الدين تظل قواعد دينية لأن اعتقادات الأفراد لا تؤثر على القواعد الموضوعية والأحكام الإلهية ، أي أن الدين مقياس على الناس وليس العكس؟ ومن ثم فإننا نميل إلى ما ارتآه بعض الفقه من أن الدين هو "رسالة منزلة – في الأصل- من عند الله عز وجل على رسول أو نبي من البشر يبلغها للناس للإيمان بها والعمل بأحكامها " [2] .

---

[1] نعمان جمعة – ص٧٣ ، نزيه المهدي ص٥٧.

[2] عبدالناصر العطار- المرجع السابق- ص٩١.

٢٩- أوجه الشبه والاختلاف بين قواعد الدين وقواعد القانون من حيث الخصائص:

هناك أوجه شبه وأوجه اختلاف بين قواعد الدين وقواعد القانون من حيث الخصائص تخلص فيما يلى :

أ- يختلف نطاق الدين عن نطاق القانون : فالدين ينظم سلوك الإنسان مع ربه ومع نفسه ومع غيره من الناس بينما يقتصر - القانون على تنظيم سلوك الإنسان مع غيره من أفراد المجتمع فحسب ، ومن ثم كان نطاق الدين أوسع من نطاق القانون في تنظيمه لسلوك الناس لأنه يتضمن قواعد عقائدية تبين ما يجب على الفرد اعتقاده نحو الله عز وجل وقواعد تعبدية وخلقية تتعلق بالآداب والأخلاق وما يجب أن يتحلى به الإنسان من فضائل ، وما ينبغى أن يتحلى عنه من رزائل ، وقواعد إجتماعية تتعلق بأفعال الأفراد وتنظيم روابطهم ببعضهم البعض [١] . أنظر إلى قوله عز وجل **﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون﴾** [٢] وقوله في معرض العبادة **﴿ أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ﴾**[٣] وقوله عز وجل **﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا ﴾** [٤] وقوله في معرض المعاملات **﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾**[٥] وقوله عز وجل **﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾** [٦] إلى غير ذلك من الآيات .

---

[١] أنظر : البدراوى -ص٤٣ والصدة- المرجع السابق ص٢٧.

[٢] سورة آل عمران - الآية (١٠٢) .

[٣] سورة البقرة - الآية (٤٣) .

[٤] سورة آل عمران - الآية (٩٧) .

[٥] سورة البقرة - الآية (٢٧٥) .

[٦] سورة البقرة -- الآية (١٧٨) .

ب- يتفق القانون مع الدين في تنظيمه لسلوك البشر ، غير أن الأديان السماوية تتفاوت في تنظيمها لهذا السلوك ، فبعضها يتضمن تنظيما شاملا لسلوك البشر فيكون بذلك دينا ودولة ، عقيدة وشريعة كالدين الإسلامي ، وبعضها يقتصر في تنظيمه لسلوك البشر على بعض المبادئ الأساسية التى تسمو بالإنسان نحو المثل العليا كمبادئ الدين المسيحي . غير أن الشرائع الدينية كلها - كما يفهم من نصوصها صراحة أو ضمنا- جاءت منظمة لسلوك البشر بأوامر ونواهى ومباحات ، وبهذا تتفق قواعد القانون مع قواعد الدين في مجموعها ما دامت تتصف بالعمومية والتجريد كما سبق بيانه في خصائص القاعدة القانونية ، لأن قواعد الدين أيضا جاءت عامة ومجردة في معظمها ، أنظر إلى قوله تعالى ﴿ **ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا** ﴾[١] وإلى قوله تعالى﴿ **كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى** ﴾[٢] .

جـ- يتفق القانون مع الدين في مخاطبة البشر ، فالدين يخاطب الإنسان سواء كان ذكرا أم أنثى صغيرا أم كبيرا ؛ والقانون يخاطب الإنسان كذلك سواء أكان بطريق مباشر كمخاطبته بأمر أو نهي أو إباحة للشخص الطبيعي أم كان بطريق غير مباشر كمخاطبته للشخص الاعتباري ، كما أن كلا من الدين والقانون يشترط في مخاطبته للإنسان أن يكون مكلفا أو ذو أهلية معينة ، وفي هذه الجزئية يختلف الدين عن القانون في نظرته لقواعد الأهلية المطلوبة في الشخص المخاطب ، إذ الأهلية في القانون هي ببلوغ الشخص إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة ، أو ثمان عشرة سنة في بعض الأحيان، بينما تتوافر الأهلية في الشريعة الإسلامية بالبلوغ الذى يكون ببلوغ

[١] سورة الإسراء - الآية (٣٢) .
[٢] سورة البقرة - الآية (١٧٨) .

الشخص خمسة عشر عاما محسوبة بالتقويم الهجري ، أو أكثر أو أقل من ذلك حسب معايير وأوصاف البلوغ وعلاماته المنصوص عليها في كتب الفقه الإسلامي [١] .

د- قواعد الدين الإسلامي عالمية المكان أبدية الزمان في غالبها ، فقواعد الدين التى تنظم سلوك الشخص مع نفسه ومع ربه ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان بينما تستجيب بعض القواعد الدينية التى تنظم سلوك الفرد مع أخيه الفرد لدواعي التغيير التى تقتضيها الظروف ، ومن ثم فهي تتغير بتغير الزمان والمكان طبقا لمصالح العباد ، وفى هذا من المرونة ما يجعل مبادئ الدين الإسلامي صالحا لكل زمان ومكان ومن هنا جاءت القاعدة الأصولية التى تقضى "بتغير الأحكام بتغير الزمان" وفقا لضوابط وشروط معينة منصوص عليها في كتب الفقه الإسلامي .

٣٠- أوجه الشبه والاختلاف بين قواعد الدين وقواعد القانون من حيث المصدر :

تختلف قواعد الدين عن قواعد الأخلاق من حيث المصدر ، فالدين - في الأصل قواعد منزلة من قبل الله عز وجل ، بينما القانون عبارة عن قواعد وأحكام من وضع البشر ، ومن ثم فإن فقهاء المسلمين متفقون على أن مصادر الفقه الإسلامي هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، فضلا عن الأدلة أو المصادر المختلف فيها وأهمها الاستحسان ، والمصالح المرسلة وشرع من قبلنا ... الخ فالمصدر الأساسي لأحكام الفقه الإسلامي هو الله سبحانه وتعالى عن طريق القرآن الكريم ، والرسول الكريم عليه الصلاة والسلام يتباين عمله بين تبليغ أحكام الله لعباده **﴿ يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك ﴾**[٢]

---

[١] أنظر : عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص٩٣.

[٢] سورة المائدة - الآية (٦٧) .

وبين اجتهاده فيما لم يرد فيه نص فيما يظهر لـه مـن أمـور المسلمين مستهديا بوحي الله وقواعد الاجتهاد الأخرى في الفقه الإسلامي .

٣١- اختلاف قواعد الدين عن قواعد القانون من حيث الجزاء :

تتفق قواعد الدين وقواعد القانون في أن كلا منهما مصحوب بجزاء يضمن تطبيقها واحترام الأفراد لها طوعا أو كرها ، إلا أن هذا الجزاء يختلف في كل منهما عن الآخر :

أ- فالجزاء في الدين يختلف عن الجزاء في القانون من حيث الطبيعة ، فهو في الدين إما معنوي غير محسوس يتمثل في غضب الله سبحانه وتعالى ، أو استنكار الجماعة ، وأما مادي محسوس يصيب الإنسان في جسمه أو ماله كالقصاص وقطع يد السارق ﴿ **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم** ﴾[1] وكالدية في القتل الخطأ ﴿**ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله** ﴾[2] إلى غير ذلك من الآيات . أما الجزاء في القانون فإنه يكون دائما جزاء ماديا محسوسا كما سبق بيانه سواء كان جزاء مدنيا أم جنائيا أم إداريا.

ب- والجزاء في الدين يختلف عنه في القانون من حيث من القائم على تطبيق الجزاء ، إذ الجزاء في الدين يكون بسلطان الله عز وجل أو بواسطة الحاكم بوصفه مفوضا له ولاية تطبيق هذا الجزاء ، بينما تكون سلطة توقيع الجزاء في القانون من اختصاص السلطة العامة العليا في الدولة والمختصين بتوقيع الجزاء المقرر قانونا .

جـ- يختلف الجزاء في القواعد الدينية عنه في القواعد القانونية من حيث الزمان ، فالجزاء في الدين قد يكون أخرويا فقط كما هو الشأن في العقاب

---

(١) سورة المائدة – الآية (٣٨) .
(٢) سورة النساء – الآية (٩٢) .

على سوء الظن الوارد في قولـه عـز وجـل﴿ **يـا أيهـا الذيـن آمنـوا اجتنبـوا كثيرا من الظن إن بعض الظن إثم** ﴾[١] وقـد يكـون أخرويـا ودنيويـا معـا أو دنيويا فقط كما هو الشأن في قطع يد السارق ، وعزل الوالي أو الحاكم غير المصلح ، وضمان ما تلف ، وبطـلان العقد غير الصحيح شرعا وهكذا ، أنظر إلى قوله تعالى ﴿ **إنما جزاء الذين يحـاربون اللـه ورسوله ويسـعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خـلاف أو ينفـوا مـن الأرض ذلـك لهـم خـزي فـى الدنيـا ولهـم فـي الآخـرة عـذاب عظيـم** ﴾ [٢] وقولـه تعـالى﴿ **ومـن لـم يحكـم بمـا أنـزل اللـه فـأولئك هـم الفاسقون** ﴾[٣] .

أما جزاء القاعدة القانونية فإنه لا يوقع إلا في الدنيا فقط ويكون معجلا يوقـع في الحال على ما سبق بيانه في حينه .

د- يختلف القانون عـن الدين فـي أن جـزاء الديـن – وخصوصـا الأخـروى – يتضمن فكرة الثواب والعقـاب ، قـال تعـالى فـي كتابـه العزيـز﴿ **فمـن يعمـل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يـره** ﴾ [٤] بينمـا يغلـب فـي جـزاء القـانون أن يكـون زاجـرا ورادعـا ويندر أن تجـد فيـه فكـرة الثـواب والعقاب[٥] .

٣٢- اختلاف قواعد الدين عن قواعد القانون من حيث الغاية :

تختلف قواعد الدين عن قواعد القانون من حيث الغايـة ، فغايـة الأحكـام الدينية فـي العبـادة والعقيـدة الإيمـان باللـه عـز وجـل والإيمـان بملائكتـه وكتبـه

---

[١] سورة الحجرات – الآية (١٢) .
[٢] سورة المائدة – الآية (٣٣) .
[٣] سورة المائدة – الآية (٤٧) .
[٤] سورة الزلزلة – الآيات (٨،٧) .
[٥] د/ عبدالناصر العطار – المرجع السابق ص٩٨ .

ورسله واليوم الآخر والإيمان بالقدر خيره وشره ، وهذه الغاية لا يتصدى لها القانون إطلاقا ، وغاية الدين في الأخلاق والمعاملات تحقيق الخير العام وإقامة التوازن بين مصالح الأفراد في المجتمع والسمو بها نحو المثالية بينما غاية القانون هي تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع بما يحقق الأمن واستقرار المعاملات ، أي أن غاية الدين مثالية بينما غاية القانون نفعية .

ونستطيع أن نقسم الأحكام الدينية بحسب غاياتها ومقاصدها إلى الأقسام الآتية :

أ- **الأحكام الضرورية** : وهي التي يقصد بها حفظ ضرورات الناس وهي منحصرة في خمسة أشياء هي : حفظ النفس والدين ، والعقل ، والنسل ، والمال . فلحفظ النفس شرع الإسلام القصاص والدية والكفارة وقرر لها الحدود والقصاص والتعزيرات والعقوبات البديلة والتبعية ، ولحفظ الدين شرع الإسلام عقائد وعبادات تكفل إقامة الدين كشهادة ألا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله ، وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة ، وصوم رمضان وحج البيت لمن استطاع إليه سبيلا ، ولحفظ العقل حرم الإسلام الخمر وكل مسكر ، ولحفظ النسل شرع الإسلام الزواج وحرم الزنا والقذف ، ولحفظ المال أباح الإسلام كثيرا من المعاملات كالبيع والشركة والمضاربة والرهن وشرع حد السرقة وأجاز الحجر على السفيه وهكذا ..

ب- **الأحكام الحاجية** : وهي الأحكام التي يقصد بها تحقيق حاجات الناس كإباحة الفطر في رمضان للمريض والمسافر ، وإجازة المزارعة والمساقاة، والمضاربة ... الخ .

جـ- **الأحكام التحسينية أو الكمالية** :وهي الأحكام التي يقصد بها السمو بالإنسان نحو الكمال ولا يترتب على فقدها اختلال نظام الحياة أو فوات حاجات

الناس ومن أمثلتها شرعية الطهارة ، وندب التطوع بالصدقة ، والنهي عن قتل النساء والصبيان في الحرب ... الخ [١] .

وأخيرا فإننا نود التنبيه إلى أنه رغم اختلاف القانون عن الدين في أمور كثيرة على النحو السالف بيانه إلا أن ذلك لا يمنع من وجود الصلة الوثيقة بينهما في أمور كثيرة وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الوقف والميراث والوصية والولاية على المال ، فهي قواعد قانونية صريحة لم تمتد لها يد المشرع الوضعي المصري ، وها هي بادرة خير بالنسبة للوقائع التى لم يرد بشأنها نص في القانون أن نجد حلولها في قواعد الدين الإسلامي حيث جعل المشرع الوضعي المصري الدين الإسلامي مصدرا رسميا لاستنباط الأحكام عند عدم وجود نص في القانون خاصة وأن الدستور المصري – بعد تعديله أخيرا – نص على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للقانون .

وإذا كان ثمة نهضة إسلامية كبرى ، ظهرت أخيرا في معظم الدول الإسلامية أدت إلى أن تستبعد هذه الدول كثيرا من أحكام وقواعد القانون بها واستبدالها بأحكام الشريعة الإسلامية؛ فإننا نأمل ونهيب بسلطة الحكم فى مصر أن تبادر إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ... مشروعات القوانين المختلفة والمستمدة أحكامها من قواعد الدين الإسلامي قد توافرت وتم إعدادها من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية وأودعت لدى سلطات الدولة ، وبها يتحقق صالح البلاد والعباد وتنأى بها الدولة عن الشبهات التي يرددها الكثيرون من جراء المساومة والتسويف المهمل والتباطؤ الممقوت في عدم تطبيق القواعد الشرعية الواردة بمشروعات القوانين السابق التنويه عنها .

---

(١) أنظر : عبدالناصر العطار – ص١٠٠– ١٠١ ، د/ لاشين الغاياتى – المصدر السابق ص٤٧–٤٨ .

٣٣- الخلاصــة :

يستبين مما سبق أن القواعد القانونية تتفق مع قواعد الدين في أمور كثيرة ، منها اتفاقهما أن كلا منها خطاب للبشر منظم لسلوكهم بقواعد عامة مجردة وملزمة ، وإن كان كل منها - بعد ذلك يختلف عن الآخر من حيث المصدر والمقصد والجزاء والنطاق على النحو السابق إيضاحه .

المطلب الثاني
الأخلاق والقانون

٣٤- ماهية الأخلاق :

مبادئ الأخلاق هي : مجموعة المثل العليا التى يرى الناس فيها ما ينبغى اتباعه [١] كالتزام الصدق ، واجتناب الكذب ، ومساعدة الضعيف ، والتصدق على الفقير ، ويرى بعض الفقه أن الأخلاق "مجموعة القواعد التى تحكم سلوك الأفراد على أساس التمييز بين الخير والشر "[٢] وتبقى صعوبة تحديد ما هو المقصود بالخير والشر في هذا التعريف ومن ثم كان تعريفا غير دقيق .

وعرفه البعض الآخر بأنه : مجموعة المبادئ التى تستقر في ضمير الجماعة ووجدانها كحصيلة لتراثها وتاريخها الحضاري وما يسودها حاليا من معتقدات دينية وأفكار سياسية واقتصادية واجتماعية وكذلك مدى ما وصلت إليه من مدنية وتقدم في جميع المجالات ، هذه المبادئ تضع الحد الفاصل بين الخير والشر ، بين الخطأ والصواب ، بين الفضيلة والرذيلة ، ونتيجة لذلك فهي تطالب الفرد بأن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر[٣] .

ونحن نرى أنه من الصعب- كما يرى شراح القانون المدني المعاصرون – تعريف قواعد الأخلاق تعريفا جامعا مانعا ودقيقا لأن أساسها نفسه نسبي غير متفق عليه ويختلف من مجتمع لآخر وحسب كل مذهب داخل نفس المجتمع [٤] .

---

[١] أنظر : د/ عبدالناصر العطار – ص١٠٢.
[٢] ستارك- القانون المدني- المدخل- باريس ١٩٧٧ ص١٢ مشار إليه في نظرية القانون للدكتور نزيه المهدي- المرجع السابق ص٤٨ .
[٣] نعمان جمعة – ص٧٦ .
[٤] د/ نزيه المهدى – ص٤٨.

ويمكن أن نسترشد بالتعريفات السابقة في معرفة مفهوم الأخلاق على وجه التقريب فقط .

٣٥- مدى التوافق والاختلاف بين قواعد الأخلاق وقواعد الدين :

أولا : من حيث النطاق :

تتناول الأخلاق مجموعة من العلاقات أولها علاقة الإنسان بخالقه ، وهذه هي العبادات ، وثانيا سلوك الإنسان إزاء نفسه وهذه هي الأخلاق الشخصية أو الفردية Morale individuele ، وثالثا علاقة الإنسان بغيره من أفراد المجتمع وهذه هي الأخلاق الاجتماعية Morale cociale وهذه بدورها تشمل الأعمال الباطنة كالنوايا والمقاصد والأعمال الظاهرة ، أما القانون فلا شأن له بعلاقة الإنسان مع ربه أو مع نفسه أو مع غيره المتعلقة بالأفعال الباطنة طالما بقيت حبيسة النفس ، بل أن الأعمال الظاهرية ذاتها لا يتناول القانون منها إلا ما يقع في علاقة الإنسان بغيره مما يتصل منها بتحقيق العدل واستقرار المعاملات[١] ؛ كما هو الشأن في الكذب وارتكاب الفحشاء فهما محظوران على إطلاقهما في الأخلاق بينما لا يحظر القانون أيا منهما إلا إذا بلغ حدا معينا كما إذا بلغ الكذب حد شهادة الزور امام جهة قضائية أو بلغت الفاحشة حد الزنا .

ويتضح مما سبق أن الأخلاق أوسع نطاقا من القانون لأن قواعده تحكم السلوك الظاهري والباطني للفرد بينما قواعد القانون لا تحكم إلا السلوك الظاهري[٢] فقط وهناك قواعد قانونية لا دخل فيها للأخلاق كلوائح المرور وإجراءات التقاضى أمام المحاكم ؛ ومن جهة أخرى هناك قواعد خلقية لا صلة لها بالقانون كآداب الأكل وحب الخير للناس .

---

[١] أنظر في ذلك : سليمان مرقص - المرجع السابق ص٣٦.

[٢] أنظر : عبدالمنعم الصدة ص٢٧ ، عبدالودود يحي ص٢٢ .

وإزاء ذلك يرى الفقه الحديث بحق – أن كثيرا من القواعد الخلقية يدخل بالتدريج في دائرة القانون كتسعير بعض السلع وتحريم الغش وكالتأمينات الاجتماعية في حالات المرض والعجز والشيخوخة التى أخذ بها القانون منذ عهد قريب ، وكنص القانون على بطلان العقود والتصرفات المخالفة للآداب العامة ، أي أصول الأخلاق المرعية .

وعلى ذلك فنحن نميل إلى القول القائل بأن "نطاق كل من القانون والأخلاق لا يصلح كمعيار مميز بينهما لأنه نطاق متداخل مشترك [١] .

ثانيا : من حيث الغاية والهدف :

هدف الأخلاق تحقيق المثل العليا لخير الإنسانية ، فهي تحض على الفضائل ، وتنهى عن الرذائل ، وتأمر بالخير وتنهى عن الشر ، وتهدف إلى السمو بالإنسان نحو الكمال ، أما هدف القانون فينحصر في إقامة النظام في المجتمع واستتباب الأمن واستقرار المعاملات بين أفراده ، وفى إيجاز : غاية الأخلاق مثالية ، وغاية القانون نفعية [٢] .

ثالثا : من حيث الجزاء :

يختلف الجزاء في القاعدة الأخلاقية عنه في القاعدة القانونية ، فالجزاء الأساسي في الأخلاق هو : تأنيب الضمير ، أو استهجان الناس واستنكارهم للعمل الغير أخلاقي ، أو كما يقول البعض[٣] "القاضى والمتهم هنا يقيمان في داخل نفس الشخص" المتهم هو الشخص والقاضى هو الضمير ؛ فالجزاء في الأخلاق معنوي وغير محسوس ، بينما جزاء مخالفة القاعدة القانونية الوضعية يكون ماديا محسوسا توقعه السلطة العليا في الجماعة . ولا يعنى ذلك أن طاعة

---

(١) نزيه المهدي ص٥١ .

(٢) عبدالناصر العطار ص١٠٢ .

(٣) نعمان جمعه – ص٧٧ .

القانون تصدر عن خوف من جزائه بينما طاعة الأخلاق تصدر عن اقتناع باتباعها لأن قواعد القانون قد تطاع عن اقتناع بصلاحيتها وعدالتها ، كما أن قواعد الأخلاق قد تطاع خوفا من استنكار الناس ، إلا أن جزاء الأخلاق يستهدف السمو بسلوك الناس نحو الكمال بينما جزاء القانون نفع الجماعة أو نفع الأفراد [1] .

---

[1] د/ عبدالناصر توفيق العطار – المرجع السابق ص١٠٣ .

المطلب الثالث

القانون وقواعد المجاملات الاجتماعية والعادات والتقاليد

٣٦- مدى توافق قواعد القانون وقواعد المجاملات الاجتماعية :

هناك مجموعة من قواعد السلوك يتواضع الناس على احترامها والسير عليها في سلوكهم اليومي وحياتهم الاجتماعية ، ويعتاد عليها الناس بحيث يكون الخروج عليها أو مخالفتها أمرا نادرا مما قد يوحى بوجود بعض الإلزام فيها وذلك كالتهنئة بين الأفراد في المناسبات السعيدة ، وتبادل الهدايا في الأعياد والمواسم ، وواجب العزاء والمواساة فى الكوارث وكالظهور بمظهر معين أو القيام بأعمال معينة في بعض المناسبات ، أو مراعاة التحدث بكيفية خاصة وهيئة معينة في بعض الظروف ، أو إلقاء السلام والتحية عند التلاقى ... الخ .

وقواعد المجاملات الاجتماعية والعادات والتقاليد لا يفرضها قانون وإنما يجرى الأخذ بها كوسيلة لإقامة الصلاة الاجتماعية وتوثيقها ، ومن ثم فهي وإن تشابهت مع قواعد القانون في كونها تتعلق بالسلوك الخارجي الاجتماعي للأفراد إلا أنها تختلف عن القانون من حيث الجزاء والغاية والمنطق ، فجزاء الخروج على هذه القواعد جزاء أدبى يتمثل فى استهجان واحتقار الناس لمن خالف عاداتهم الاجتماعية [1] ؛ بينما جزاء القانون مادي محسوس توقعه السلطة العامة ، كما أن غاية القانون تختلف عن غايات القواعد الاجتماعية ، فغاية الأول عرفناه سابقا ، بينما غاية العادات الاجتماعية وقواعد المجاملات هي توثيق أواصر الصلة بين الأفراد ، كما أن نطاق قواعد المجاملات والعادات والتقاليد أوسع من نطاق القانون وتقترب في هذا المجال من قواعد الأخلاق .

---

[1] أنظر : البدراوى – ص٤٩ ، نعمان جمعة ص٨٠ ، نزيه المهدى ص٦٢.

الباب الثاني
أنواع القواعد القانونية

٣٧- بيان وإيضاح :

تنقسم القواعد القانونية وتتنوع إلى أقسام مختلفة وفقا للأسس الذى يبنى عليه هذا التقسيم :

أ- فتنقسم من حيث موضوع العلاقات التى تنظمها إلى قانون عام Droit public ، وقانون خاص Droit prive وهو ما سنتناوله تفصيلا في الفصل الأول من هذا الباب .

ب- وتنقسم من حيث طبيعتها وقوتها أو من حيث إمكان مخالفة الأفراد لها إلى قواعد آمرة أو باتة regles imperatives ou ، وقواعد مكملة أو مفسرة prohibitves, regles interpretave decla وهو ما سنتناوله تفصيلا في الفصل الثاني من هذا الباب .

جـ- وتنقسم القواعد القانونية من حيث شكلها إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية Regles de forme والأولى هي التى تبين الحقوق والواجبات كالقواعد التى تمنع اقتراف الجرائم ، أو تبين مصادر الحقوق ، والثانية هي التى تبين الإجراءات التى يجب اتباعها للحصول على الحقوق أو تنفيذ الواجبات ، ومثالها القواعد الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية .

د- كما تنقسم القاعدة القانونية إلى قاعدة دائمة وقاعدة مؤقتة ، ويقصد بالدوام هنا أنها لا تحمل في طياتها معنى التأقيت ولا تستنفد لمجرد تطبيقها على واقعة أو وقائع محددة على سبيل الحصر ، وأما القواعد القانونية المؤقتة

فهي التى تفيد صراحة أو ضمنا أنها تقوم في فترة معينة إذا انقضـت ألغيـت القاعدة تلقائيا [١] .

هـ- كما تنقسم القواعد القانونية من حيث صورتها إلى قواعـد مكتوبـة كمـا هـو الحال بالنسبة لقواعد التشريع وهـي القواعـد القانونيـة التـى تضعهـا السـلطة المختصة بسن التشريع . وقد تكون القـاعدة القانونيـة غـير مكتوبـة كمـا هـو الشأن فى القواعد القانونية التى يكون مصدرها العرف ، وغنـي عـن البيـان أن القواعد المكتوبة تمتاز بالوضوح والتحديـد ، أمـا القواعـد غـير المكتوبـة فهي عبارة عن معنى يستقر في الأذهان دون أن ندون في عبارات واضحـة محددة مما يؤدى إلى الخـلاف والاختـلاف بشـأن تفسير مضمونهـا وتحديـد حقيقة المقصود بها[٢] .

ولا مناص من القول أن هذه التقسيمات المختلفة للقواعد القانونية أمر لـه أهميته ودواعيه البالغة مما يستوجب علـى البـاحث ضـرورة الإلمـام بقواعدهـا العامة ، ولكننا لن ندرس في هذا القسم إلا التقسيمان الأولان فقط ، وما عداهما من التقسيمات فسنستبعدها من دراستنا الحالية إذ لا يخلو الأمر بالنسبة لها أحـد فرضين : إما أن ندرس مسائل هذه التقسيمات بعمق فتتجاوز بذلك طاقة الطالب المبتدئ ومن ثم فهو لن يفقه منها شيئا ، وإما أن ندرس مسائل هـذه التقسـيمات دراسة ضحلة فلا تشبع تساؤلات الدارس ولا تـثرى معلوماتـه ، ومـن ثـم كـان إرجاء دراسة هذه التقسيمات أمر حتمي ويجب أن يكون محلها الأبحاث العلميـة الكبرى لفقهاء القانون أو برامج الدراسات العليا .

---

[١] أنظـر : د/ أحمـد سـلامة – المدخـل لدراسـة القـانون – نظريـة القـانون (الكتـاب الأول) هامش ١ ص٥٩.

[٢] أنظر في هذا المعنى : د/ توفيق فرج– المصدر السابق ص٢١ .

وتأسيسا على ما تقدم فإننا سنعالج في هذا الباب تقسيم القانون من حيث موضوع العلاقات التى ينظمها وهو ما يعبر عنه في كتب الفقه بـ "فروع القانون" وتقسيم القانون من حيث طبيعة قواعده وقوتها ، وهو ما يعبر عنه في كتب الفقه بـ "القواعد الآمرة والقواعد المكملة" .

الفصل الأول

تقسيم القانون من حيث موضوع العلاقات التى ينظمها
(فروع القانون)

٣٨- تمهيــــد :

القانون العام : هو مجموعـة القواعد التـى تنظـم العلاقـات التـى تكـون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة[١] .

أما القانون الخـاص : فهو مجموعـة القواعد التـى تنظـم العلاقـات بيـن أفراد المجتمع .

ويتضح من هذا التعريف لكلا القانونين أن قواعـد القـانون لا تنطبـق فـي مجموعهـا علـى علاقـات ذات طبيعـة واحـدة ، بـل تختلـف هـذه العلاقـات فــي طبيعتها اختلافا يقابله تعدد في أقسام القانون وفروعه؛ ولعل أهم تقسـيم رئيسـي لقواعد القانون summe diviso هو تقسيمها بين قواعد القانون العام من ناحيـة وقواعد القانون الخاص من ناحية أخرى . كما سبق بيانـه ، وإن كـان كـل مـن هذين التقسيمين يضم بين جنباته عدة فروع أخرى تندرج تحـت كـل قسـم كمـا سيجئ حالا .

٣٩- التطور التاريخي للتفرقـة بين قواعد القـانون العـام وقواعد القانون الخاص :

التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص تفرقة تقليدية وقديمة ، ويرجـع تاريخها إلى القانون الروماني حيث يوجد نص شهير منسوب إلى الفقيه أولبيـان يقرر فيه أن القانون العام هو ذلـك الـذى تسـود فيـه المصلحـة العامـة والقـانون الخاص هو ذلك القانون الذى تسود فيه المصلحة الخاصة للأفراد .

---

[١] د/ توفيق فرج - المرجع السابق ص٢٩ .

وإذا كانت هذه التفرقة سادت عند الرومان فترة طويلة ، إلا أنها ما لبثت أن اختلطت وانطمست معالمها في العصور الوسطى أمام ضعف الدولة الرومانية وانهيارها في القرن الخامس الميلادي وحلول دول صغيرة محلها ، ومن ثم فقد انهارت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص .

غير أن انتشار مذاهب الحرية وانتصار النزعة الفردية عادت في مطلع القرن التاسع عشر ، وقد كانت مبادئ تلك المذاهب تفصل بين نشاط الفرد ونشاط الدولة ، مما أتاح الفرصة لإعادة التفرقة القديمة بين القانون العام والقانون الخاص مما حدا بعض الفقه الفرنسي إلى الظن بأن صرح التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص قد انهار – أو في طريقه إلى الانهيار [١] .

إلا أن مثل هذا الظن ليس صحيحا على إطلاقه ، إذ أن تدخل الدولة في شئون النشاط الفردي وازدياد حكمها لهذا النشاط بقواعد آمرة لا يعنى أن هذه القواعد تدخل في نطاق القانون العام لأن الاعتبار في هذا الصدد لا يكون إلا لطبيعة ما تعرض له هذه القواعد من موضوعات لا للصفة الآمرة أو المكملة لمثل هذه القواعد [٢] ، ومن ثم فإن مبدأ التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص لا زال معتبرا حتى اليوم كمبدأ مسلم به في الفقه الحديث بوجه عام [٣] .

٤٠- أساس التفرقة ومعيارها في الفقه الحديث :

لقد كان للفقه المصري والأجنبي باعا طويلا في تحديد معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، ولقد بذل الفقه في سبيل تحديد هذا المعيار

---

(١) Jossrand la publication du contrat etudes lambert T. III No. 145. pp. 142- Redbruch Du droit individuabste ou droit social Archives du philasaphie du droit et de socialogie juridque 1931 Nos 3-4 pp. 390-393.

(٢) أنظر : د/ حسن كيرة – ص٥٨.

(٣) أنظر : على البارودى – فى مقال له بعنوان " في سبيل نظام قانوني موحد للمشروع التجاري العام" في مجلة الحقوق- السنة ١٢ العددان الثالث والرابع ص٢٩٦-٣٠٧.

محاولات عديدة مما أدى إلى وجود معايير كثيرة مقترحة أحصاها أحد الفقهاء سنة ١٩٠٤ بسبعة عشر معيارا [1] وكثرة هذه المعايير توحي بأن معيار التفرقة ليس بالأمر الهين ؛ ومن ثم كان اختلاف الفقهاء بشأنها كبيرا ؛ ولذلك فإننا سنحاول عرض هذه المعايير في إيجاز على النحو التالى :

أ- أولا : المعيار الشكلي :

ذهب جانب من الفقه[2] إلى أن معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص يستند إلى شكل قواعد كل من القانونين ؛ فالقانون العام قانون سيطرة أو قانون آمر ، أما القانون الخاص فهو قانون سلطان الإرادة أو قانون الحرية، أي أن قواعد القانون العام هي قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، والقانون الخاص يتكون في معظمه من قواعد مكملة للأفراد يجوز لهم الاتفاق على عكسها ؛ ولكن هذا المعيار منتقد من جانب الفقه على أساس أن كل قوا القانون العام ليست قواعد آمرة ومسيطرة ؛ وإنكارا لحرية الإرادة فهناك قواعد كالقواعد الدستورية المقررة لحرية الأفراد لا يمكن أخذها على هذا الأساس ، ومن جهة أخرى لا يمكن التسليم بأن قواعد القانون الخاص ليست كلها نابعة من الرضا وسلطان الإرادة ؛ حيث يقف هذا السلطان حتما أمام القواعد الآمرة والقواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب في دائرة القانون الخاص ؛ كما هو الشأن في القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية وقوانين الأسرة وقواعد الميراث والحقوق العينية وسعر الفائدة في القروض[3] .

---

(1) أنظر : سمير تناغو – ص٥٥٨ .

(2) أنظر : عبدالحي حجازى – المرجع السابق ص١٨٩ وفى الفقه الفرنسي :

Eismaun droit public droit prive Bevue du droit public et de la science publique. 1952 . p 9-14.

(3) أنظر في ذلك : حسن كيرة –ص٦٠ ، عبدالحي حجازى ص١٨٩ ، نزيه المهدي ص١١٢

٤٠ب- ثانيا : المعيار الموضوعي :

يري أنصار هذا المعيار أن أساس التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص يتلخص في إرجاع التفرقة بينهما إلى طبيعة المصلحة التى تهدف إلى تحقيقها أو حمايتها كل منهما .

وقد اختلف - بعد ذلك - أنصار هذا المعيار إلى رأيين في تحديد نوع هذه المصلحة ؛ فذهب الرأي الأول منهم إلى أن القانون العام هو الذى يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة ، والقانون الخاص هو الذى يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة أو فردية .

ولكن يلاحظ على هذا الرأي أنه معيار غير دقيق لأنه يؤدى حتما إلى الخلط التام بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص وطمس معالم الحدود بينهما ، فلئن كان القانون العام يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة ، فإن تحقيق هذه المصلحة يستتبع آليا تحقيق بعض المصالح الخاصة ، ولئن كان القانون الخاص يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة فهو يحقق بالتبعية مصلحة اجتماعية وعامة كالزواج - مثلا- وهو من أنظمة القانون الخاص - فهو يحقق مصلحة فردية خاصة ؛ إلا أنه يحقق في نفس الوقت مصلحة عامة للجماعة هي تكوين الأسرة وتنظيم العلاقات بين أفرادها[1] مما يؤدى إلى منع الفاحشة ومنع ظهور أولاد غير شرعيين ... الخ ، وذهب الرأي الثاني من أنصار هذا المعيار إلى أن معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص يستند إلى معيار طبيعة المصلحة ، فقواعد القانون العام ترقى إلى حماية مصالح - مالية أو ذات طبيعة مالية ، ولكن يلاحظ على هذا الرأي أنه معيار غير دقيق أيضا - حيث يوجد في القانون المدني - قانون خاص- علاقات ذات طابع شخصي محض مثل روابط الأحوال الشخصية (الزواج وحقوق

---

[1] أنظر في شرح هذا الرأي - حسن كيرة ص٦٠ ، عبدالحي حجازى ص١٨٧ ، وسمير عبدالسيد تناغو - المرجع السابق ص٥٦١ .

الأسرة والحق في الإسم) بينما على العكس من ذلك هناك قواعد في القانون العام ترمى إلى تحقيق مصالح مالية مثل الضرائب ونزع الملكية العقارية للمنفعة العامة[١] ... الخ .

وإزاء هذه الانتقادات على هذا المعيار يتحتم القول بضرورة البحث عن معيار آخر يكون أقل عيوبا من سابقه هو المعيار الآتى :

٤٠جـ – ثالثا : المعيار الشخصي:

هذا هو المعيار التقليدي الذى يقيم التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص على أساس "العنصر الشخصي" أي طبيعة أشخاص العلاقة في كل من القانونين ، فإذا تعلق الأمر بالدولة وعلاقتها بالأفراد أو بالدول الأخرى نكون بصدد القانون العام ، وإذا تعلق الأمر بالفرد وعلاقته بغيره من الأفراد نكون بصدد القانون الخاص [٢] .

وهذا المعيار وإن كان صحيحا في ظاهره وفيما يؤدى إليه من نتائج – في أكثر الفروض – إلا أنه غير صحيح على إطلاقه لأن الدولة كثيرا ما تدخل في علاقات مع الأفراد كشخص معنوى عادي كبقية الأشخاص المعنوية الخاصة ، ولا تعتبر في مثل هذه العلاقات صاحبة سلطة وسيادة في الجماعة ، كما هو الشأن حين تؤجر الدولة منزلا مملوكا لبعض هيئاتها إلى أحد أفراد المجتمع ، وحين تبيع إلى الأفراد بعض قطع الأراضى ... وهكذا ، فهذه العلاقات تحكمها قواعد القانون الخاص ، ومن هذا المنطلق لا يمكن الاعتماد على شخص الدولة كمعيار للتفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص [٣] .

---

[١] أنظر : د/ نزيه المهدي – المصدر السابق ص١١١ ، عبدالحي حجازى – المرجع السابق ١٨٨.

[٢] أنظر : Montesaquieu de l' esprit de lois editions Chapitre III p. 9.

[٣] أنظر في عرض هذا الرأي ونقده : حسن كيرة – المرجع السابق ص٥٩.

٤٠د- رابعا : معيار التفرقة بين القانون العام والخاص في الفقه الأجنبي :

ذهب جانب من الفقه الفرنسي الحديث إلى أن معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ترجع إلى اختلافهما من حيث خصائص وغرض وجزاء كل منهما :

أ- **فمن حيث الخصائص** : تتميز قواعد القانون العام بأنها آمرة ومسيطرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها بينما نجد قواعد القانون الخاص هي قواعد مكملة أو مقررة بمعنى أنه يجوز للأفراد الاتفاق على عكس أحكامها .

ب- **ومن حيث الغرض** : نجد أن قواعد القانون العام تمى إلى تحقيق غرض معين هو إشباع المصالح الجماعية العامة للأمة ، وتنظيم السلطات الحاكمة وترتيب المرافق العامة في الدولة ، بينما ينحصر غرض قواعد القانون الخاص في ضمان حد أقصى لإشباع الحاجات الخاصة لأفراد المجتمع .

جـ- **ومن حيث الجزاء** : نجد أن جزاء مخالفة قواعد القانون الخاص تكون من اختصاص ذوى الشأن حيث يستطيع الأفراد أن يلجأوا إلى جهة القضاء لإزالة المخالفة وإجبار المخالف على تنفيذ القانون بالقوة الجبرية عند الاقتضاء ، أما بالنسبة لمخالفة قواعد القانون العام فإنه لا يتصور فيه أن تدين الدولة نفسها بنفسها عند مخالفة قواعده بواسطة السلطة العامة لأن الدولة تكون هي الطرف الأساسي المعنى بقواعده ، ومن ثم يكون الجزاء على مخالفة قواعده بصورة تختلف عنه في القانون الخاص [1] .

---

[1] أنظر في شرح هذا الرأي تفصيلا : د/ عبدالحي حجازى - المرجع السابق ص١٨٦-١٨٧ . وفى الفقه الفرنسي :
weill; droit civil introduction general paris 1943 No 35.

ولكننا نرى أن هذا المعيار محل نظر أيضا لأنه عبارة عن جماع المعايير السابقة بصورة أو بأخرى ومن ثم كانت الانتقادات الموجهة إليها – في حينها – هي ما توجه إلى هذا المعيار أيضا .

٤١ – المعيار الراجح للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص وأساسه :

أمام عدم سلامة المعايير السابقة على النحو السالف بيانه : حاول الفقه أن يجمع شتات آرائه حول معيار واحد حتى يكون هناك نوع من الاستقرار والثبات لأساس القواعد القانونية بوجه عام وتحديد معيار التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص بصفة خاصة ؛ ومن ثم فإن الرأي الراجح بين فقهاء[1] القانون حتى الآن في تحديد هذا المعيار هو المعيار التقليدي (المعيار الشخصي) الذى قال به "منتسكيو" بشئ من التنقيح وهو معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية ، وطبقا لهذا المعيار فإن القانون العام يدور حول فكرة السلطة العامة ، فهو القانون الذى يبين النظام الأساسي للدولة ، وينظم تكوين السلطات العامة فيها ، كما ينظم العلاقات بين هذه السلطات – كلها أو بعضها – وبين الأفراد ، وبمعنى أعم يكون القانون عاما : إذا كان ينظم العلاقات التى تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة عامة في الجماعة ، أما القانون الخاص فهو الذى يحكم العلاقات بين الأفراد العاديين ، أو بين الأفراد العاديين وبين الدولة والأشخاص العامة في الحالات التى تتجرد فيها هذه الأشخاص من عنصرى السيادة والسلطة العامة .

[1] عبدالحي حجازى – المرجع السابق ص١٩١، الصدة ص٤٣، والبدراوى – المرجع السابق ص٥٨ ، منصور مصطفى منصور – المرجع السابق ص٣٥ ، جميل الشرقاوى – المرجع السابق ص٣٨ ، حسن كيرة – المرجع السابق ص٦١ ، سمير تناغو – المرجع السابق ص٥٦٢ ، عبدالودود يحي – المرجع السابق ص٣٤-٣٥ ، نعمان جمعة – المرجع السابق ص١١٤ ، نزيه المهدى – المرجع السابق ص١١٧ ، جمال زكى – المرجع السابق ص١٧٤ ، توفيق فرج – المرجع السابق ص٢٩-٣٠ ، محمد عمران – المرجع السابق ص٣٣ ، عبدالناصر العطار – المرجع السابق ص١٠٧- ١٠٨.

٤٢- أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص :

يترتب على اختلاف هدف القانون العام عن هدف القانون الخاص عدة نتائج تخلص،فيما يلى :

أولا : القانون العام يبدأ في الظهور عندما تتعامل الدولة مع غيرها من الدول أو مع الأفراد لا على أساس المساواة بل على أساس السيطرة من جانبها والخضوع من جانبهم ، أي أن القانون العام يحكم علاقات بين أطراف غير متساوين ، أما القانون الخاص فهو بحسب الأصل - يحكم علاقات بين أطراف متساوين .

ثانيا : يرخص القانون العام للدولة وسلطاتها العامة اتخاذ بعض القرارات الفردية التى تفرض تكاليف عامة أو خاصة على الأفراد ، كما أنه يرخص للدولة وسلطاتها العامة الالتجاء إلى وسائل استثنائية قهرية في سبيل الصالح العام مثل الالتجاء إلى التنفيذ المباشر في بعض الحالات دون إذن من القضاء ونزع الملكية العقارية للمنفعة العامة ... الخ .

ثالثا : تخضع الأموال العامة التى تمتلكها الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة والمخصصة للنفع العام لنظام خاص مستمد من قواعد القانون العام يتميز عن النظام المطبق على أموال الأفراد ، فمثلا : الأموال العامة لا يجوز الحجز عليها أو التصرف فيها أو تملكها بالتقادم المكسب بمضي المدة على وضع اليد عليها ، عكس الأموال الخاصة حيث يجوز الحجز عليها والتصرف فيها وتملكها بالتقادم المكسب الطويل من واضع اليد عليها ... وهكذا .

رابعا : علاقة الدولة بموظفيها تحكمها قواعد خاصة تختلف عن القواعد التى تحكم رب العمل الخاص بعماله ومستخدميه ، ففى الحالة الأخيرة لا

يتصل الأجر بحق السيادة ، ومن ثم يمكن إعطاء العمال جانبا كبيرا من الحرية إزاء رب العمل يتيح لهم حق الإضراب والتوقف عن العمل ، وهو أمر لا يمكن تصوره عادة في علاقة الموظفين بالدولة صاحبة السيادة خاصة وأنهم يقومون – بحكم وظائفهم – على تسيير المرافق العامة وهو ما لا يحتمل التوقف أو الإضراب أو التعطل في الدول التى يسود فيها المذهب الاجتماعي .

خامسا : تقوم مسئولية الدولة والأشخاص المعنوية العامة ومسئولية موظفى الدولة على أسس وقواعد مختلفة عن الأسس والقواعد المقررة في القانون الخاص بشأن مسئولية الأشخاص المعنوية الخاصة والأفراد .

سادسا : العقود التى تعقدها الدولة باعتبارها صاحبة سلطة عامة وتسمى بالعقود الإدارية لا تخضع لقواعد العقود بين الأفراد ، إذ أن هذه القواعد تبحث عن التوازن بين أطراف العقد ، وعكس ذلك في العقود الإدارية ، فقد يثبت للإدارة منفردة الحق في إلغاء العقد أو تعديل شروطه أو توقيع جزاء على التقصير في تنفيذ مضمونه متى اقتضت المصلحة العامة ذلك .

سابعا : تختص المحاكم الإدارية بنظر ما يثور من نزاع بين الدولة والأفراد ويتعلق برابطة من روابط القانون العام ؛ بينما تختص المحاكم العادية بنظر ما يثور من نزاع يتعلق برابطة من روابط القانون الخاص[1] .

٤٣– مدى التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص :

رغم قيام الأهمية التى أدت إلى وجوب التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص ، وبالرغم من وجود مظاهر أخرى تترتب على القانون

---

(١) أنظر فيما سبق : د/ أحمد سلامة – المرجع السابق ص٦٣ ، حسن كيرة ص٦٢ ، وسمير تناغو ص٥٦٢-٥٦٤ ، نزيه المهدى ص١١٤.

العام والقانون الخاص فإنه يحدث أن يدق هذا التقسيم نظرا لتداخل هذين التقسيمين ، وهو تداخل يرجع إلى علاقة الأبوة بين القانون الخاص والقانون العام ، فالأول هو بمثابة الأب للثانى ، كما أنه أقدم في الظهور من القانون العام " ومن ثم استعار هذا الأخير كثيرا من أفكار القانون الخاص ثم حورها كنظرية المسئولية والنيابة القانونية والشخصية المعنوية " [١] .

كما أن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص : ليست " بالتفرقة المحتومة اللازمة التى لا يخلو منها نظام أو شريعة من النظم القانونية المختلفة، بل هي تفرقة نسبية تعرفها بعض هذه النظم والشرائع دون بعض ولذلك كانت مجهولة في الشريعة الإسلامية وفي القانون الكنسي الكاثوليكى وهى في الوقت الحاضر ، إذا كانت معروفة مسلمة في أغلب القوانين إلا أنها تكاد تكون مجهولة في القوانين الأنجلوسكسونية "[٢] .

كما يلاحظ أن زيادة تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي الخاص واتساع دور القانون وتعدد وظائفه أدى إلى تخفيف حدود ومعالم التفرقة بين قواعد القانون العام والخاص [٣] .

وبعد هذا العرض السريع لماهية القانون العام والقانون الخاص ومعايير التفرقة بينها وأهمية هذا القسيم ومداه نعرض في المباحث الآتية على كافة فروع القانون ، فنعرض أولا لفروع القانون الخاص ، وثانيا لفروع القانون العام فى المباحث الآتية .

---

[١] د/ أحمد سلامة – المرجع السابق ص٦٣ .

[٢] حسن كيرة ص٦٣ ، وانظر : منصور مصطفى منصور ص٢٦ ، ونعمان جمعه ص٣٦

[٣] نزيه المهدي – ص١١٥ .

المبحث الأول

فروع القانون الخاص

٤٤- أولا : القانون المدني : Droit civil

القانون المدني هو أبرز فروع القانون الخاص ، بل هو أبرز فروع القانون جميعها ، ويعبر عنه بأنه الشريعة العامة لكل القوانين ، فهو بمثابة الأب الروحي لكل فروع القانون ، ولقد استمدت هذه الفروع جذورها من أصله، وأينعت ثمارها من أغصانه ، واستلهمت أحكامها من رحيقه ، ولقد تطور اصطلاح القانون المدني على مر التاريخ ، ففى بداية الأمر كان يعنى في القانون الروماني " القانون المطبق على المواطنين" jus civile فى مدينة روما وذلك بالمقابلة للقانون الذى يحكم الشعوب الغير رومانية jus gentium، ثم تطور الأمر في نهاية القانون الرومانى وأصبح اصطلاح القانون المدني مرادفا للقانون الروماني فى مجموعة (قانون الشعوب والوطنيين) والذى تم تجميعه في عهد جستنيان تحت اسم موسوعة "القانون المدني" corpus juris civilis ، ثم تطور الأمر وأصبح اصطلاح القانون المدني مرادفا للقانون الخاص بدليل أن منتسكيو كان يطلق على القانون الخاص اسم "القانون المدني"، وكان يطلق على القانون العام "القانون السياسي" ، ومع مرور الزمن انسلخت بعض القواعد التى كان يشملها القانون المدني عنه لتكون فروعا مستقلة عن فروع القانون الخاص ، مثل القانون التجاري ، والقانون البحري ، والقانون الزراعي[١] ... الخ .

وترتيبا على ما تقدم فإن القانون المدني يمكن تعريفه بأنه " مجموعة القواعد التى تنظم سلوك الأفراد في المجتمع أو تنظم العلاقة بين الأفراد

---

[١] أنظر : سمير عبدالسيد تناغو - المرجع السابق ص٥٧٦ .

والدولة حيث لا تعمل هذه بمقتضى ما لها من سيادة إلا ما يتكفل بتنظيمه فرع آخر من فروع القانون الخاص[1] .

فالقانون المدني ينظم كل ما يتعلق بالعلاقات الخاصة بين كل أفراد المجتمع ، كما أنه ينظم كل ما لم يرد بشأنه نص فى القوانين الخاصة ، فإذا لم يوجد نص في القانون الزراعي مثلا ينطبق على القضية الزراعية المنظورة أمام المحكمة وجب الرجوع في شأنها إلى أحكام القانون المدني .

وعلى ذلك فإن القانون المدني ينظم نوعين من العلاقات أو الروابط :

أ- **النوع الأول** : قواعد أو علاقات الأسرة (قانون الأحوال الشخصية) Regles de statut parconnel وهي التى تنظم الروابط الناشئة عن صلة الشخص بأسرته كمسائل الزواج والطلاق والميراث والوصية .

ب- **النوع الثاني** : قواعد العلاقات المالية أو الأحوال العينية Regles statut reel وهي التى تنظم الروابط المتعلقة بالنشاط المالي أو بروابط ذات طبيعة مالية للشخص ؛ كبيانها لأنواع الحقوق والأموال وطرق اكتساب الملكية وانقضائها وانتقالها ... الخ .

ويلاحظ أن التقنين المدني المصري وما حذا حذوه من التقنينات العربية يقتصر على تنظيم المعاملات المالية (الأحوال العينية) وترك قواعد الأحوال الشخصية لتنظمها قواعد الشريعة الإسلامية والشرائع الأخرى المختلفة بالنسبة لغير المسلمين ؛ والتقنين المدني المصري الحالي يحمل رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وبدأ العمل به في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وكان ثمرة تطور طويل حيث كانت قد وضعت أول مجموعة مدنية في مصر سميت باسم "المجموعة المدنية المختلطة" فى عام ١٨٧٥ ، ثم صدرت "المجموعة المدنية الأهلية" في سنة ١٨٨٣ وقد نقلتا في إيجاز عن القانون الفرنسي ، وأدخلت عليها تعديلات عدة

---

[1] أنظر : أحمد سلامة ص٧٢ ، نزيه المهدي ص١٢٣ .

إلى أن رؤى تنقيحها تنقيحا شاملا واندماجها في تقنين واحد هو القانون المدني الحالي رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الذى استمد أحكامه من مصادر عدة أهمها التقنين المدني القديم ، وأحكام القضاء المصري ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ، ومقارنة الشرائع الوضعية الأجنبية الأخرى لتخير ما يمكن ملائمته لنا منها [١] .

٤٥- ثانيا : القانون التجاري Droit commercial

القانون التجاري هو "مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات المالية الناشئة عن الأعمال التجارية " [٢] فهناك طائفة من المجتمع تمتهن التجارة يسمون التجار ، ويزاولون نشاطا معينا يسمى بالنشاط التجاري أو العمل التجاري ، والقانون التجاري هو الذى يضع الضوابط لهذه الصفة سواء بالنسبة للشخص أم بالنسبة للعمل كما يبين مظاهر التجارة ووسائلها وأدواتها .

ولقد كان القانون التجاري جزء من القانون المدني ، إلا أن هناك عوامل أدت إلى ضرورة استقلال الأعمال التجارية ، ذلك أن التجارة تقوم على عاملين هامين : السرعة والإئتمان ، أي السرعة في العمليات التجارية والثقة بين القائمين بها ، فالتصرفات التجارية يجب أن تتسم بالسرعة في كثير من الأحيان نظرا لتقلبات الأسعار ، واحتمال تغير العرض والطلب ، كما أن من طابع التجارة الائتمان وهو تقديم مال عاجل ترقبا لمال آجل ، فيندر أن يدفع التاجر ثمن البضاعة التى يستلمها فورا ، وإنما يغلب أن يمنحه صاحب البضاعة آجلا للدفع ، بل إن كثيرا من الصفقات التجارية تتم بين التجار بالهاتف أو البرق أو المراسلة ، فلهذه الاعتبارات اقتضى الأمر وضع نظم خاصة لحماية الثقة بين التجار؛ فظهر القانون التجاري الذى نشأت أحكامه

---

(١) انظر : د/ سليمان مرقص ص٧٤-٧٥ ، د/ توفيق فرج - المرجع السابق ص٤٤-٤٥، مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٩ .

(٢) سليمان مرقص - ص٧٥ .

تحت ضغط الضرورات العملية وما تقتضيه الأنظمة التجارية وأساليبها الخاصة من خروج على كثير من الأحكام العامة للقانون المدني كما يتضح من الأمثلة الآتية :

أ- تقضى قواعد القانون المدني بضرورة إثبات التصرف القانوني إذا ذادت قيمته عن خمسمائة جنيه مصري بالكتابة (م٦٠ من ق ٢٣ لسنة ١٩٩٢ المعدل بق ١٨ لسنة ١٩٩٩) ، بينما يجوز إثبات التصرفات القانونية في المعاملات التجارية مهما بلغت قيمة التصرف بكل وسائل الإثبات .

ب- تقضى قواعد القانون التجاري بتحرير نقل الحقوق الثابتة في أوراق تجارية من إجراءات الحوالة المدنية ، وإيضاحا لذلك فإن حوالة الحق لا تنفذ في مواجهة المدين أو في مواجهة الغير طبقا لقواعد القانون المدني إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها رسميا . بينما تنفذ حوالة الحق الثابت في ورقة تجارية بمجرد توقيع الدائن على السند بما يفيد حوالته[١] .

جـ- تقضى المادة ٢/٣٤٦ مدني بأنه يجوز للقاضى فى المواد المدنية – إذا لم يمنعه نص في القانون – أن يمنح المدين أجلا للوفاء بعد حلول الأجل الأصلي –يسمى "نظرة الميسرة" ، بينما في القانون التجاري لا يستطيع القاضى أن يمنح هذا الأجل حماية للإئتمان .

د- إذا لم يف التاجر بما عليه من ديون خضع لنظام الإفلاس وهو نظام أقسى بكثير من نظام الإعسار الذى يخضع له غير التاجر إذا لم يستطع الوفاء بما عليه من ديون [٢] .

ونشير في النهاية إلى أن القانون التجاري المصري تضمنته مجموعة صدرت عام ١٨٨٣ استمدت من القانون الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٧ ، وقد

---

[١] أنظر : محمود جمال الدين زكى ص١٨٨-١٨٩ .
[٢] أحمد سلامة – المرجع السابق ص٧٦ .

احتوت هذه المجموعة على ثلاثة أبواب : في أولهـا تعريف العمل التجـاري ، والتاجر ، وتنظيم الدفاتر التجارية ، وخصص ثانيها للعقود التجاريـة ولـلأوراق التجارية ، وورد في ثالثها أحكام التفليس والآثـار التـي تترتب عليـه ، وحقـوق المفلس ، ورد اعتبار التاجر المفلس .

ثم صدرت قوانين كثيرة – إلـى جـانب القـانون التجـاري المشـار إليـه – لتضيف إليه أحكاما تتعلق بمسـائل هامـة أهمهـا القـانون رقـم ٢٦ لسـنة ١٩٥٤ بشأن بعض الأحكام الخاصة بشركات المساهمة وشـركات التوصيـة بالأسـهم ، والشركات ذات المسئولية المحدودة ، والقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخـاص بـبراءات الاخـتراع والرسـوم والنمـاذج الصناعيـة ، والقـانون رقـم ٥٦ لسـنة ١٩٤٥ بشأن الصلح الواقى من التفليس والقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخـاص ببيـع المحـال التجاريـة ورهنهـا ، والقـانون رقـم ٥٧ لسـنة ١٩٣٩ الخـاص بالعلامات والبيانـات التجاريـة والقـانون رقـم ٤١ لسـنة ١٩٣٤ الخـاص بإنشـاء السجل التجاري . وقد صدر قانون التجارة الجديد رقـم ١٧ لسـنة ١٩٩٩ ويعـد هذا القانون من أحدث القوانيـن المصريـة وقـد هـذب وعـدل الكثـير مـن أحكـام قانون التجارة القديم .

٤٦– <u>ثالثا : القانون البحري</u> Droit meritime

القانون البحري ويطلق عليه قانون التجارة البحريـة أو القـانون التجـاري البحري – له معنى واسع وآخر ضيق ، وهو بالمعنى الواسع يشمل عدة فـروع تقابل القانون البري ، فهناك القانون الدولـى العـام البحـري ، والقـانون الإداري البحـري ، والقـانون الدولـى الخـاص البحـري ، والقـانون المـالي البحـري ، والقانون الجنائى البحري .

غير أن أهم فروع القانون البحري هو القـانون التجـاري البحـري– وهـو المقصود هنا عندما يطلق اصطلاح القانون البحري دون تحديد ، وهو يعنـى –

بمعناه الخاص : "مجموعة القواعد التى تنظم التجارة عبر البحار ، ويختص بتقنين خاص في مصر عكس القانون الفرنسي الذى ألحقه بالتقنين التجاري[١] .

ويتركز القانون التجاري البحري في السفينة فينظم الحقوق التى تترتب عليها من بيع أو شراء أدوات أو ذخائر للسفن ، وكل استئجار أو تأجير للسفن، كما يتضمن العقود التى تكون محلا للسفينة ، كعقد النقل البحري ، وعقد القرض التجاري ، وعقد التأمين البحري ، وعقد العمل البحري ، كما ينظم علاقة الربان بصاحب السفينة وبالملاحين[٢] .

٤٧- رابعا : قانون المرافعات المدنية والتجارية

Droit de procedure civile et commerciale

قانون المرافعات المدنية والتجارية : هو القانون الذى ينظم إجراءات التقاضى أمام المحاكم المدنية والتجارية وينظم كذلك ترتيب المحاكم واختصاصاتها[٣] .

ويتضح من هذا التعريف أن قانون المرافعات ينقسم إلى قسمين :

أولهما : ينظم السلطة القضائية ، فيبين جهات القضاء المختلفة ويبين أنواع المحاكم ودرجاتها واختصاص كل منها وتنظيمها بوجه عام وكيفية تشكيل هذه المحاكم وتحديد شروط تنصيب القضاة فيها ، وتحديد حقوقهم وواجباتهم وضبط علاقات القضاء بسائر سلطات الدولة .

وثانيهما : يبين إجراءات التقاضى ، أي الإجراءات والأوضاع الواجب على الأفراد اتباعها عند الالتجاء إلى المحاكم لحماية حقوقهم أو رفع الجور

---

[١] أنظر : د/ على البارودى – مبادئ القانون البحرى – ص٥ وما بعدها ط١٩٧٠ ، د/ مصطفى كمال طه – الوجيز فى القانون البحرى – ط١٩٧١ ص٣ وما بعدها ..

[٢] أنظر : د/ عبدالرازق السنهوري ، حشمت أبوستيت – المرجع السابق ص٢٨٣ ، محمود جمال الدين زكى ص١٩٠ وسمير تناغو ص٥٨١

[٣] سمير تناغو – السابق ص٥٨٦.

عنهم ، فيبين كيف ترفع الدعوى ؟ وكيف يتم نظرها ، وكيف يصدر الحكم فيها ، وكيف ينفذ ، وكيف يتم استئناف الأحكام ، والقواعد الخاصة بحجز المنقول وحجز ما للمدين لدى الغير ، والتنفيذ على العقار ... الخ .

وقانون المرافعات لا يشمل إلا القسم الأخير ، ويجمع قواعده في مصر قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ويكمله بالنسبة للقواعد الإجرائية في مسائل الإثبات في المواد المدنية قانون الإثبات الصادر سنة ١٩٦٩ والمعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، ١٨ لسنة ١٩٩٩م .

ونشير في النهاية إلى أن القوانين التى تنظم السلطة القضائية (القسم الأول) تعتبر من قواعد القانون العام ، أما القسم الثاني فهو من صميم قواعد القانون الخاص ومن ثم لا غبار على من يطلق على قانون المرافعات المدنية والتجارية - بمعناه الواسع - أنه قانون مختلط [١] .

٤٨- خامسا : القانون الدولي الخاص

le droit international prive

هو مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي من حيث أشخاص العلاقة وموضوعها والواقعة المنشئة لها والمحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق في كل نوع من أنواع هذه العلاقات .

فالقواعد التى يحتويها هذا القانون تتناول موضوعين رئيسيين :

أولهما : قواعد تنازع القوانين وهي القواعد التى تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي من بين عدة قوانين .

---

[١] راجع : أحمد سلامة ص٨٤ ، سمير تناغو ص٥٨٧ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية ط١٩٧٠ ص١٠ ، رمزى سيف - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ط سنة ٦٩- ١٩٧٠ - فقرة ٤ ، محمد على إمام - محاضرات في نظرية القانون ص٩٣ ط١٩٥٤.

ثانيهما : قواعد تنازع الاختصاص القضائي وهي التى تحدد المحكمة المختصة بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي ، ولتوضيح هذه القواعد نقول : لو أن أحد طرفي العلاقة شخصا أجنبيا والطرف الآخر شخصا وطنيا كما لو باع مصري إلى سويسري عقارا موجودا في فرنسا بمقتضى عقد بيع تم في انجلترا ، وقام نزاع بصدد هذا العقد ، فأي القوانين يطبق على هذا النزاع ؟ القانون المصري ، أم القانون السويسرى أم الفرنسي أم القانون الانجليزي ؟ وما هي المحكمة المختصة بنظر هذا النزاع ؟

يجيب على هذه التساؤلات : القانون الدولي الخاص فيحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع والمحكمة المختصة بنظر النزاع المثار بشأنها .

كما يبين القانون الدولي الخاص – في رأي بعض الفقهاء – القواعد التى تنظم الجنسية والقواعد الخاصة بالموطن وبمركز الأجانب .

ويتضح مما تقدم :

أ- أن قواعد القانون الدولي الخاص – فيما عدا أحكام قانون الجنسية التى تبين من يعتبر مواطنا ومن يعتبر أجنبيا – قواعد إجراءات أو قواعد شكلية تقتصر وظيفتها على الإرشاد عن المحكمة المختصة وإلى القانون الواجب التطبيق في بعض الحالات ولا تمس موضوع النزاع الأصلي ؛ لأن الفصل في هذا الموضوع يكون بتطبيق القانون الموضوعي الذى تحيلنا إليه قواعد القانون الدولي الخاص ، أي أن قواعد القانون الدولي الخاص هي "قواعد إسناد" وهو تعبير شهير في فقه القانون الدولي الخاص ويعنى إسناد النزاع

ذى العنصر الأجنبي إلى القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالفصل فيه [١] .

ب- أنه لا يوجد قانون دولي خاص واحد لكل الدول ، بل يوجد قانون دولى خاص لكل دولة بحيث يعد جزءا من قانونها الداخلي الخاص رغم ما فيه من عنصر أجنبي أو رابطة دولية ، وهو ما حدا بالبعض إلى القول بأن "قواعد القانون الدولي الخاص بصفة عامة تعد قواعد مختلطة" فالقواعد التى تتعلق بالجنسية والموطن ومركز الأجانب تدخل في نطاق القانون العام لأنها تنظم العلاقات بين الدولة والأفراد ، أما القواعد الأخرى الخاصة ببيان الجهة المختصة والقانون الواجب التطبيق وهي ما تسمى بقواعد تنازع القوانين فهي تدخل في نطاق القانون الخاص "[٢] .

٤٩- سادسا : فروع مستحدثة في القانون الخاص :

سبق أن ذكرنا أن القانون المدني هو أصل القانون الخاص ، بل ويمكن وضعه في كفة وسائر فروع القانون كلها في كفة أخرى[٣] لأنه أقدم القوانين ولا يزال هو القانون الأصل أو الشريعة العامة الذى يلجأ إليه للعثور على حل لأي مشكلة تثور في داخل أي فرع آخر دون أن يوجد لها فيه حل ، فوق إنه قانون الحياة الجارية التى لن تتوقف إلا بزوال الخليقة من على وجه الأرض .

وللأسباب السابقة ولشمولية القانون المدني فرضت الظروف انسلاخ بعض الفروع عنه واستقلت بحيث أصبح لها كيانها الذاتي المتكامل ، ومن أهم هذه الفروع :

---

[١] سليمان مرقص – ص٨٠ ، نزيه المهدى ص١٢٨ ، البدراوى – السابق ص٨١-٨٦ ، نعمان جمعة – السابق ص١٤٥-١٤٧ .

[٢] توفيق فرج – المرجع السابق ص٥٢ ، وانظر / أحمد سلامة ص٨٦ ، حسن كيرة – المرجع السابق ص٧٧-٨١.

[٣] أحمد سلامة – ص٧٢ .

(أ) قانون العمل : Droit du travail

ويعرف بأنــه مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات القانونية للعمـال[١] ، وقانون العمـــل فرع حديث النشأة نسبيا أدى إلى استحداثه ظهور الإنتاج الكبير في الصناعــة بظهور الثورة الصناعيــة ، وظهـور الآلات الحديثـة ، ووجود قوى احتكارية من أصحاب الأعمـــال تمكنت مـن فرض بعـض شروطها التعسفية على طبقة العمال واستغلالهم أسوأ استغلال ؛ الأمـر الذى أدى إلى اختلال التوازن بين طرفي العقد مما استوجب الحاجة إلى تنظيم تشريعى جديد خاص بالعمال وأربـابهم ، ويحمـى حقوق ومصـالح العمـال من تعسف أصحاب الأعمال ، فظهر هذا التنظيم في تشريعات متناثرة ومتلاحقة ما لبثت أن كونت فرعا مستقلا هو قانون العمل الذى يكاد يكون مكتملا تماما في الدول المتقدمة .

وفي مصر وردت أحكام عقد العمل في المجموعـة المدنيـة (المواد من ٦٧٤- ٦٩٨) ولم يكتف المشرع الوضعي بهـذا ، بل أصـدر عديـدا مـن التشريعات الخاصة بالعمل والعمال جمعت معظمها في القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ الذى ينظم عقد العمل الفردي وعقد العمل المشترك ، ونقابات العمـال ، والتوفيق والتحكيم في منازعات العمل[٢] ... الخ .

(ب) القانون الزراعي : Droit rural ou agraire

هو مجموعة القواعد التى تنظم النشاط الزراعي سواء من حيث الوعـاء أو من حيث الاستغلال وما يقتضيه هذا وذاك من أعمال قانونية[٣] .

والقانون الزراعي يشمل تنظيم الملكية الزراعيـة والعلاقات الناشئة بين ملاك الأرض ومستأجريها وعمـال الزراعــة ، ونشـاط الجمعيـات التعاونيـة

---

[١] عبدالمنعم البدراوى – السابق ص٨٧ .
[٢] نزيه المهدى – السابق ص١٢٦ والبدراوى ص٨٧ .
[٣] أحمد سلامة – ص٧٩ .

الزراعية ، وعمليات الائتمان الزراعي التى تضطلـع بهـا بنـوك القرى وبنـوك التسليف الزراعي ؛ وبمطالعة هذه الأنشطة نلاحظ أن بعضها يدخل تحت لـواء قواعد القـانون الخـاص كعقد الإيجـار النقدي "العـادي" ، وعقـد المزراعـة ، وبعضها ينضوى تحت لواء القانون العام كنشاط الجمعيات التعاونية الزراعية ، ومن ثم يمكن القول بأنه قانون مختلط يستمد قواعده مـن فرعـي القـانون العـام والخاص .

ونشير أخيرا إلى أن قواعد القانون الزراعي قواعد متناثرة بين كثير مـن فروع القانون يحاول الفقه بجهود مشكورة تجميع هذه القوانين وعرض أحكامها في مؤلفات مستقلة ، ولعـل أهـم القوانيـن الزراعيـة هـو المرسـوم بقـانون رقـم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، والقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ وقانون الزراعـة رقـم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ ، والقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ .

المبحث الثاني

فروع القانون العام

٥٠- أولا : القانون الدولي العام :

Droit internationel public

يعرف القانون الدولي العام بأنه مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الدول والمنظمات الدولية بعضها بالبعض الآخر في حالات السلم وحالات الحرب [1] .

ويبين من التعريف السابق أن المخاطبين بقواعد القانون الدولي العام – ويسمى بالقانون العام الخارجي – أو القانون العام الدولي هم الأشخاص المعنوية الدولية فقط ممثلة في الدول ، والمنظمات الدولية سواء أكانت تلك المنظمات عالمية أو إقليمية ومثال الأولى هيئة الأمم المتحدة ، بفروعها الاقتصادية والاجتماعية والقانونية والثقافية كمحكمة العدل الدولية ، ومجلس الأمن ، ومؤسسة الثقافة العمالية (اليونسكو) وبنك الإنشاء والتعمير ، ومثال الثانية (المنظمات أو التجمعات الإقليمية) جامعة الدول العربية ، والسوق الأوربية المشتركة ، ومنظمة حلف الأطلنطى ... الخ .

كما يبين القانون الدولي العام قواعد تحديد صفة الدولة أو المنظمة الدولية ، ويحدد الأنواع المختلفة للدولة سواء كانت تامة السيادة أو ناقصتها ، وما لها من حقوق وما عليها من واجبات وكيفية التمثيل الدبلوماسي والقنصلي بين الدول وبعضها البعض ، وكيفية تنفيذ المعاهدات والاتفاقات الدولية ومسئولية الدول تجاه بعضها البعض ، ويطلق على كل ما سبق قانون السلم .

---

[1] أنظر : د/ سليمان مرقص – السابق ص٥٠ ، وتوفيق فرج – السابق ص٣١ ، أحمد سلامة ص٦٠ – وسمير تناغو ص٥٧٤ ، نعمان جمعة ص١٢٢ ، جمال زكى ص١٨٢، د/ محمد حافظ غانم – في عرض للتعريفات المختلفة للقانون الدولي العام . ومبادئ القانون الدولي العام ص٣٣.

أما قانون الحرب الذى يدخل في صميم اختصاص القانون الدولي العام فيبين كيفية إعلان الحرب ، وما يجوز وما لا يجوز استخدامه من الأسلحة وكيف تنتهى الحرب (عن طريق الهدنة أو الصلح) . وكيفية معاملة أسرى الحرب والجرحى والرعايا المدنيين وحقوق وواجبات الدول المحايدة .

وهناك نوع ثالث من العلاقات ينظمها هذا القانون ألا وهو علاقة المنظمات الدولية بالمنظمات الإقليمية أو علاقة أيهما بإحدى الدول ، كبيانه على سبيل المثال – لمدى وكيفية مساهمة الدول في الأعباء المالية وغير المالية للمنظمات ، ومدى التزام الدول بقرارات هذه المنظمات ؛ على أن أهم مشكلة أثارت جدلا بين فقهاء القانون هي مدى أثر القوة الملزمة لقواعد القانون الدولي العام . أي هل تلزم قواعد هذا القانون الدول والمنظمات إلزاما يترتب على مخالفتها جزاء كتلك التى تترتب على مخالفة قواعد القانون الداخلي كالقانون الجنائي أو القانون المدني مثلا ؟؟

أجاب الفقه على هذا التساؤل من خلال نظريتين :

أولاهما : وإليها ذهب بعض الفقه[1] تنفى صفة القانون عن قواعد القانون الدولى العام ، أى أنه ليس قانونا بالمعنى الصحيح لأسباب ثلاثة :

أ- ينقصه وجود هيئة تشريعية تسن قواعده الملزمة للدول .

ب- ينقصه وجود سلطة عليا تملك توقيع الجزاء على الدول التى تخالف تلك القوانين .

جـ- عدم وجود محاكم تطبق هذه القواعد وتلزم الدول بالالتجاء إليها عند التخالف .

---

(1) د/ عبدالفتاح عبدالباقى- السابق ص٦٣ .

وثانيهما : وإليها ذهب جمهور الفقه الحديث[١] ترى أن الأسباب التى استند إليها أصحاب الرأي الأول ليست ضرورية لوجود القانون ، فليس شرطا أن تصدر القاعدة القانونية عن سلطة تشريعية مختصة ؛ بدليل أن العرف هو أحد مصادر القانون ؛ والمشرع الوضعي يعترف له بالصفة القانونية رغم أنه لم يصدر عن سلطة تشريعية ، كما أن الجزاء ليس شرطا جوهريا – لدى غالبية الفقه – لقيام القاعدة القانونية ويكفى أن تكون القاعدة ملزمة ، وأخيرا فإنه ليس صحيحا أنه يشترط لوجود القاعدة القانونية وجود محاكم تطبق هذه القاعدة لأن القاضى يطبق القانون ولا ينشئه ، ومن ثم فإن القانون الدولي العام هو قانون بالمعنى الصحيح ولكنه لازال في دور الطفولة إلى أن يشتد عوده وتنضج قواعده – بعد بضع مئات من السنين – بظهور سلطة سياسية عالمية تستطيع أن تحول قواعد القانون الدولى العام إلى قواعد قانونية كاملة .

ولكننا نميل إلى ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من أن قواعد القانون الدولى العام هي قواعد قانونية ناقصة لأن قاعدة السلوك لابد أن تقترن بجزاء منظم كركن أساسي فيها حتى يمكن اعتبارها قاعدة قانونية ، وقواعد هذا القانون ينقصها ركن الجزاء اللازم توافره لوجود القواعد القانونية[٢] إذ أن صفة الإلزام فى القاعدة القانونية – في رأينا– لا معنى لها إلا توقيع الجزاء على من يخالف أحكامها كما أن العقوبات الاقتصادية والعسكرية والسياسية التى تقررها مواثيق هيئة الأمم المتحدة هي عقوبات هشة تفتقد الزجر والردع في كثير من الأحيان ، فالمقاطعة الاقتصادية للدولة التى لم تمتثل لقرارات

---

[١] أحمد سلامة ص٦٧ ، سليمان مرقص ص٥٣ ، سمير تناغو ص٥٧٥ ، توفيق فرج ص٢٣-٢٤ ، نعمان جمعة ص١٢٦ ، جميل الشرقاوى ص٤٣ ، والبدراوى ص٥٩-٦٢.

[٢] جمال زكى – المرجع السابق ص١٨٤ .

الأمم المتحدة تفقد أهميتها لأن الدولة المعتدية كثرا ما تجد لها من الدول ما يناصرها علنا أو في الخفاء لأسباب سياسية واقتصادية وعسكرية ، وهكذا في العقوبات العسكرية والسياسية كالحرب المشروعة ، وقطع العلاقات الدبلوماسية مع الدول الغير ممتثلة للقرارات الدولية ، أما كون العرف مصدرا من مصادر القاعدة القانونية رغم عدم صدوره من هيئة تشريعية فهي حجة واهية في نظرنا لأن العرف بالنسبة للقانون الدولي العام هو أهم مصادره بينما هو مصدر احتياطي في القوانين الداخلية يكاد يفقد أهميته في الدول المتمدنية حاليا ومن ثم كان القياس غير صحيح ويجب الالتفات عنه .

وأخيرا ينبغي الإشارة إلى أن أهم مصادر القانون الدولي هو العرف ، والمعاهدات ، والمبادئ القانونية العامة التي تعترف بها الدول المتمدينة وتقرها أنظمتها الداخلية ، وكتابات فقهاء القانون الدولي العام .

٥١– ثانيا : القانون الدستوري Droit conctitutionel

هو مجموعة القواعد التي تبين أسس الدولة من حيث تحديد شكل الدولة، وبيانه لتوزيع السلطات فيها وعلاقة كل منها بالآخرى وتحديده لحقوق الأفراد الأساسية ، وتنظيمه لعلاقاتهم بالدولة وسلطانها [1] .

ويستبين من هذا التعريف أن القانون الدستوري يبين المسائل الآتية :

أ– شكل الدولة : فيبين نظام الحكم فيها : أهو نظام ملكي أم نظام جمهوري ؟ ديمقراطي أم دكتاتوري ؟ بسيط أم اتحادي ؟ ... الخ .

ب– سلطات الدولة : حيث يبين السلطات التي تتكون منها الدولة وهي في الدول الحديثة ثلاث : السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية،

---

(١) أنظر في هذا الموضوع : سليمان مرقص ص٥٤– ٥٧ ، أحمد سلامة ص٦٨ والبدراوي ص٦٣ .

كما يبين توزيع السلطات بين كل منها وعلاقة كل منها بالأخرى (من حيث تقرير مبدأي الفصل بينها أو التداخل المتبادل بينها) .

جـ- يعين الهيئات التى تباشر هذه السلطات : فسلطة التشريع قد تباشرها هيئة ممثلة للأمة (كمجلس الشعب في مصر) أو يمثلها فرد بالنيابة عن الشعب بأسره ، أو يباشرها الشعب بنفسه كما في نظام الحكومة المباشرة .

وسلطة التنفيذ يباشرها عادة رئيس الدولة بمعاونة موظفى الدولة كالوزراء ومديروا المصالح وسائر الموظفين .

وسلطة القضاء تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها .

د- يبين الحقوق الأساسية لأفراد المجتمع : وهذه الحقوق تتركز جميعها في الحرية والمساواة كالحرية الشخصية ، وحرية التملك ، وحرية الرأي ، وحرية العبادة ، وحرية الاجتماع ، كما يبين كيفية مباشرة الحقوق السياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح في المجالس النيابية والمحلية ... والمساواة ، كالمساواة أمام القضاء ، وفي التوظف وأمام التكاليف العامة [١] .

ويلاحظ أن الدساتير تختلف من حيث وضعها ، فمنها ما يصدر في شكل منحة من مالك السلطة (الحاكم المطلق) ومنها ما يصدر عن جمعية وطنية تأسيسية ، ومنها ما يكون من وضع السلطة التنفيذية مع إقرار الأمة إياه في استفتاء عام (كما هو الحال في مصر) ومنها ما يكون نتيجة للعرف والتقاليد .

وأخيرا يثور التساؤل : ما هي طبيعة القانون الدستوري ؟ رأيان في ذلك [٢] :

---

[١] السنهورى وحشمت أبوستيت – المرجع السابق ص١٩٦ .

[٢] أحمد سلامة ص٦٩ ، سليمان مرقص ص٥٩ ، البدراوى ص٦٣ ، نزيه المهدى ص١٢٠.

الرأي الأول : ذهبت أقلية من الفقه إلى إنكار صفة القواعد القانونية بالمعنى الصحيح عن القانون الدستوري لعدم توافر عنصر الجزاء على مخالفة قواعده ، إذ لا يتصور أن السلطة الحاكمة – وهي المنوط بها توقيع الجزاء – توقع الجزاء على نفسها عند مخالفتها لقاعدة دستورية .

الرأي الثاني : وهو الرأي الراجح في الفقه المصري حيث يرى أن قواعد القانون الدستوري هي قواعد قانونية بالمعنى الصحيح لأن معظم قواعده – مقترنة بجزاء على مخالفة أحكامها ، فالدول الحديثة تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات الثلاث في الدولة وحماية كل منها للرقابة المتبادلة مع السلطة الأخرى ، فإذا انحرفت السلطة التنفيذية – مثلا– كان من حق السلطة التشريعية أن تعاقبها عن طريق سحب الثقة منها وإسقاطها – وهكذا ، فضلا عن قوة الرأي العام كجزاء له أهميته في العصر الحاضر .

٥٢ – ثالثا : القانون الإداري Droit adminstratif

هو مجموعة القواعد المتعلقة بنشاط الدولة الإداري في قيامها بوظيفتها الإدارية[١] . فالسلطة التنفيذية تقوم بنوعين من الأعمال هما : أعمال السيادة ، وأعمال الإدارة . أما أعمال السيادة كإعلان الحرب ودعوة المجلس التشريعي للانعقاد ، وحله فينظمها الدستور مباشرة لأهميتها وخطورتها ، وأما أعمال الإدارة أو الوظيفة الإدارية للدولة فتكون بتقديم الخدمات للناس عن طريق القيام بمشروعات عامة تنشئها الدولة وتديرها وتسمى بالمرافق العامة seruicees publices وهي ما ينظمها القانون الإداري .

وعلى ذلك فموضوعات القانون الإداري هي :

---

[١] أنظر : البدراوى ص٦٤ ، أحمد سلامة ص٧٠ ، جمال زكى ص١٧٨ .

أ- تنظيم السلطة التنفيذية ، وتحديد الهيئات المختلفة التى تدخل في تكوينها سواء أكانت مركزية كالوزارات أم إقليمية كالمحافظات وتحديد العلاقة بين هذه الهيئات .

ب- تحديد الخدمات العامة التى تؤديها السلطة التنفيذية لأفراد الأمة ، وهي التى تسمى "المرافق العامة" مثل مرافق التعليم ، والصحة ، والكهرباء ، والمواصلات ، كما يبين القانون الإداري كيفية إدارة هذه المرافق واستغلالها .

جـ- يبين القانون الإداري كل ما يتعلق بالوظائف العامة والموظفين العموميين وخصوصا قواعد تعيين الموظفين العموميين ، وترقيتهم ، وتأديبهم ونقلهم وعزلهم واستقالتهم وحدود وظيفة كل منهم .

د- ينظم القانون الإداري أحكام القضاء في المنازعات التى تقوم بين الإدارة - في أثناء مباشرة وظيفتها- والأفراد ، كما يبين أحكام التصرفات والعقود الإدارية وشروط صحتها وطرق الرقابة عليها ، وفى سبيل ذلك فإن القانون الإداري أنشأ جهة قضائية خاصة بالنظر في المنازعات التى تخضع أعمال الإدارة فيها للقضاء وهي المحاكم الإدارية المختلفة التى تختص بنظر أي منازعة يكون أحد طرفيها جهة من الجهات الإدارية للدولة .

هـ- يبين القانون الإداري النظام القانوني للأموال العامة ومدى حقوق الدولة عليها ، وطرق إدارتها واستغلالها ، والأحكام التى تختص بها هذه الأموال من حيث التملك والتصرف ، والاستغلال[١] .

---

[١] أنظر فيما سبق : جمال الدين محمود ذكى - المرجع السابق ص١٧٨ ، نزيه المهدى - المرجع السابق ص١٢٠-١٢١.

٥٣- رابعا : القانون الجنائي Le droit criminel

هو مجموعة القواعد التى تحدد الجرائم وعقوبتها ، وتبين الإجراءات التى تتبع في التحقيق مع المتهم ومحاكمته وتنفيذ العقوبة عليه والمحاكم المختصة بتوقيع العقوبة[1] .

فالقانون الجنائي بهذا المعنى يتضمن نوعين من القواعد :

أ- قواعد موضوعية : ويطلق عليها قانون العقوبات ، وهذه القواعد تحدد الجرائم وتبين عقوبة كل جريمة ، وتبين شروط المسئولية الجنائية ، وظروف الإعفاء أو التخفيف منها ، وهذه القواعد لا تتقرر إلا بنص تشريعى طبقا لقاعدة شهيرة في القانون الجنائي تقول " أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " ومن ثم فليس للعرف فيها أي مجال ، وتتمثل هذه القواعد في مصر فى قانون صدر عام ١٩٣٧ به كثير من الأحكام التى تحتاج إلى تغيير كبير حتى تتوائم مع ظروف المجتمع خاصة تلك الأحكام التى تناقض بشكل صريح وممقوت مبادئ الشريعة الإسلامية .

وهذا النوع من القواعد ينقسم بدوره إلى قسمين :

أولهما : القسم العام ، أو ما يمكن تسميته بالنظرية العامة ، ويبين هذا القسم الأحكام العامة للجريمة أيا كان نوعها ، فهو يعرف الجريمة وأركانها ويقسمها إلى ثلاثة أنواع حسب جسامتها وهي : الجنايات ، والجنح ، والمخالفات . والجناية هي التى تكون عقوبتها الإعدام ، أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو السجن ، والجنحة هى ما تكون عقوبتها الحبس الذى يزيد أقصى مدته عن أسبوع والغرامة التى يزيد حدها الأقصى على مائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين ، وأما المخالفة فهي ما تكون عقوبتها الحبس الذى لا يزيد أقصى مدته عن أسبوع

---

[1] أنظر : أحمد سلامة ص٨٠ ، وجمال زكى ص١٧٩ .

والغرامة التى لا يزيد حدها الأقصى على مائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين، كما يبين هذا القسم أسباب إباحة بعض الجرائم والإعفاء من العقوبة فـى بعض الحالات والظروف المخففة التى من شأنها تخفيف العقاب فى بعض الحالات .

ثانيهما : القسم الخاص : وهو الذى يبين الأحكام الخاصة بكل جريمة على حده، كجرائم السرقة ، والقتل ، والنصب ، والضرب ، والجرح ، وهتك العرض ، والقذف ، والسب ، والتزوير ، والاختلاس ... الخ ويحدد أركان كل جريمة وصورها المختلفة والعقوبة التى توقع على من يرتكبها .

ب- قواعد شكلية : وهي ما تسمى بقانون الإجراءات الجنائية وهي تبين إجراءات ضبط الجرائم والتحقيق فيها ، وإجراءات المحاكمة الجنائية، وطرق تنفيذ العقوبات المحكوم بها ، وطرق الطعن في الأحكام الجنائية [1] ... الخ وتتمثل هذه القواعد في مصر في قانون صدر عام ١٩٥٠ .

٥٤- خامسا : القانون المالي Le droit financier

استقل القانون المالي حديثا عن القانون الإداري الذى كان حتى وقت قريب أحد فروعه ، بل وأصبح له أهمية خاصة نظرا لأهمية موضوعه .

والقانون المالي : هو القانون الذى ينظم مالية الدولة من حيث الإيرادات والمصروفات - فموضوع القانون المالي هو إيرادات الدولة ومصروفاتها .

وإيرادات الدولة يتكفل القانون المالى ببيان مصدرها وطرق جبايتها ، وأهمها الضرائب باختلاف أنواعها ، وما تحصله الدولة من الأفراد عن خدمات

---

(1) أنظر : د/ أحمد سلامة ص٨١ ، حسن كيرة ص٧١ .

تؤديها لهم ، وما تغله لها أموالها الخاصة ، والقروض التى قد تبرمها الدولة لاستغلال مرفق عام أو لسد عجز في الموازنة العامة .

وأما مصروفات الدولة : فهي ما تنفقه الدولة من أموال على أوجه الخدمات والمرافق العامة التابعة لها ، كالدفاع الوطني والصحة ، والتعليم ، والأمن العام ، والقضاء ، والمواصلات[١] ... الخ .

---

[١] أنظر : جمال زكى ص١٧٩ ، نزيه المهدي ص١٢١.

الفصل الثاني
تقسيم القواعد القانونية من حيث قوتها
(القواعد الآمرة والقواعد المكملة)

٥٥- تمهيــــد :

سبق أن ذكرنا[١] أن القانون هو عبارة عن مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم نشاط الإنسان في المجتمع والمقترنة بجزاء يوقع عند مخالفة أحكامها ؛ كما بينا [٢] أن وظيفة القانون هي تحقيق السلام ، وإقامة العدل وتوفير أمن وطمأنينة أفراد المجتمع ، وكان سبيل القانون إلى ذلك أن يوجه إلى الناس أوامر ونواهي تتضمن فرض قيود على حرياتهم ووضع حدود لنشاطهم مما يترتب عليه الاعتراف بحرية الأفراد من ناحية ، ووجود مجموعة من القواعد تحد من هذه الحرية من ناحية أخرى . فبمقتضى ما هو معترف به من الحرية يستطيع الشخص أن يوجه نشاطه الوجهة التى يريدها فيمكنه أن يبيع ويشترى، ويؤجر ويستأجر ، ولكن لا يجوز له أن يعتدى على شخص آخر بالضرب أو الجرح أو القتل ، أو سرقة ماله ، أو تقاضى فوائد تزيد عن الحد الأقصى المقرر قانونا ... وهكذا .

ويستبين من ذلك أن تنظيم القانون للمجتمع يقتضى التمييز بين نوعين من نشاط الأفراد : نشاط يخضع لسلطان القانون ونشاط آخر يخضع لإرادة الإنسان ينظمه كيفما يشاء ، ومثال الأول - الذى يأتمر فيه الشخص بأوامر القانون ونواهيه - التزام الإنسان بأداء الخدمة العسكرية عند توافر شروط وجوب تأديتها عليه ، والتزامه بدفع الضرائب ، والتزامه بالامتناع عن القتل

(١) أنظر ما سبق - بند ٨ .
(٢) أنظر ما سبق - بند ٣ .

والاختلاس والتزوير ... الخ ، ومثال الثانى حرية الشخص في البيع والشراء ، والإيجار ، وتكوين الشركات ، والإقراض ، والاقتراض ... الخ . ما دام تصرفه يتم فى حدود الدائرة المشروعة لنشاطه ، وهذا هو الأصل في العلاقات التى يحكمها القانون الخاص ، وهو ما يعبر عنه بمبدأ سلطان الإرادة autonomie de la valonte غير أنه كثيرا ما يحدث فى دائرة هذا النشاط الحر للأفراد أن يقتصر المتعاقدان على الاتفاق على المسائل الجوهرية في العقد تاركين تنظيم سائر المسائل التفصيلية ، ففى عقد البيع مثلا يتفق البائع والمشترى على المبيع والثمن ، ولكنهما قد لا يتفقان على طريقة دفع الثمن وآجاله ، ولا على زمان ومكان تسليم المبيع ، ولا على ضمان العيوب الخفية أو ضمان الاستحقاق في المبيع ، ولذلك عني المشرع الوضعي في التقنينات الحديثة بالنص على التنظيم القانوني لهذه المسائل تنظيما يجب إعماله وتطبيقه عند إغفال ذوى الشأن لهذا التنظيم ، ومن ثم كان هذا التنظيم القانوني لهذه المسائل التفصيلية غير واجب التطبيق إلا عند عدم اتفاق الطرفين على تنظيم آخر لها ؛ وبذلك فالمشرع الوضعي لا يقصد بهذا التنظيم فرض أوامر ونواهي تعبر عن إرادته هو ، وإنما يقصد بهذا التنظيم ما يفترض أن إرادة المتعاقدين تتجه إليه[1] ، وهذا النوع الأخير من النشاط (النشاط الحر) يخضع لقواعد قانونية معينة هي "القواعد المكملة" Regles suppletives أو القواعد المقررة Regles deeloratives أي القواعد التى تقرر أو تكمل أو تتمم إرادة المتعاقدين ، أما النوع الأول من النشاط (النشاط الخاضع لسلطان القانون) فتنظمه قواعد قانونية معينة تسمى قواعد آمرة Regles imperatuies أو قواعد ناهية Regles rrahibitines أي القواعد التى يلتزم الأفراد باتباع أحكامها ولا يجوز لهم الاتفاق على مايخالف هذه الأحكام .

---

[1] أنظر فيما سبق : د/ سليمان مرقص – المرجع السابق ص٨٥-٨٧ ، وعبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق ص٨٩-٩١ ، وعبدالفتاح عبدالباقى – المرجع السابق ص٩١.

المبحث الأول

الأحكام العامة للقواعد الآمرة والقواعد المكملة[١]

٥٦- القواعد القانونية الآمرة

تنقسم القواعد القانونية من حيث قوتها الملزمة – كما بينا [٢] – إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة .

والقواعد القانونية الآمرة هي القواعد التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها ، فوصفها بأنها قواعد آمرة يفيد أن حكمها لا يمكن تجنبه أو الفكاك منه . وكل اتفاق على مخالفة حكم أي قاعدة قانونية آمرة يعتبر باطلا ، وهذا التعريف هو ما ذهب إليه جمهور الفقه المصري[٣] .

ويعرفها البعض الآخر من الفقه المصري بأنها القواعد الملزمة التى لا يجوز للأفراد مخالفتها ووضعت للمحافظة على النظام العام والآداب [٤] .

وذهب نفر من الفقه المصري بأن القاعدة القانونية الآمرة هي "القاعدة التى لا تترك الخيار للمخاطبين في اتباع حكمها أو عدم اتباعه ، بل هي قاعدة واجبة

---

[١] أنظر فى هذا الموضوع : عبدالرزاق السنهوري ، حشمت أبو ستيت – المرجع السابق ص١٦٨ ، وما بعدها ، سليمان مرقص ص٨٧ وما بعدها ، جمال زكى – المرجع السابق ص١٦٢ وما بعدها ، توفيق فرج – المرجع السابق ص٥٢ وما بعدها ، البدراوى – ص٦٢ وما بعدها ، أحمد سلامة – المرجع السابق ص٨٧ وما بعدها ، حسن كيرة– المرجع السابق ص٤٢ وما بعدها ، أنور سلطان – المرجع السابق ص٣٥ وما بعدها ، عبدالودود يحي ص٥٥ وما بعدها ، وعبدالمنعم الصدة – بند ٤٨ ، وعبدالحي حجازى – السابق بند ١١٨ ، منصور مصطفى منصور – ص٧٨ وما بعدها، وجميل الشرقاوى – ص٧٢ وما بعدها ، وعبدالفتاح عبدالباقى – السابق بند ٧٨ وما بعدها – نعمان جمعة – المرجع السابق ص١١٣ وما بعدها ، نزيه المهدى – المرجع السابق ص١١٣ .

[٢] أنظر بند ٥٥.

[٣] أحمد سلامة – ص٨٨ ، توفيق فرج – ص٥٤ ، والبدراوى – ص٨٩ ، حسن كيرة – ص٤٢ ، سليمان مرقص – ص٨٨ .

[٤] السنهور ، حشمت أبو ستيت – المرجع السابق ص١٧٨ هامش .

الاتباع في جميع الأحوال "[١] .

ويعرفها الفقــه الفرنسـي المعـاصر بأنهـا : le regle est imperatives lorsqu il n est pas possible d en eviter l opplication [٢] أي أن القاعدة القانونية الآمرة هي القاعدة التي لا يمكن تجنبها ، وهذا هو التعريف الذى نميل إليه مع بعض الفقه المصري المعاصر[٣] لا يجازه وإيضاحه وبيان خصائص القاعدة القانونية الآمرة دون فلسفة أو غموض .

وأيا ما كان الأمر فإن القاعدة القانونية الآمرة أو الناهية أو الباتة كما يسميها البعض[٤] تتميز بخاصية أساسية هي أنه يجب تطبيقها على كل أفراد المجتمع ؛ وأي اتفاق على مخالفتها لا أثر له ولا اعتداد به ، بل أن المشرع الوضعي يستعملها لتنظيم النطاق الذى يمس كيان الجماعة ومجموعة مقوماتها الأساسية التى تركز عليها المصلحة العليا للمجتمع سواء أكانت مصلحة سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية ، وذلك لكي يضمن تحقيق الصالح العام للجماعة .

ومن أمثلة القواعد الآمرة ما تنص عليه المادة ٦٩٥ مدنى التى تلزم العاقد في عقد العمل بتعويض العاقد الآخر إذا أنهى العقد تعسفا منه ، قاعدة آمرة ، فلا يجوز الاتفاق وقت إبرام العقد على الإعفاء من التعويض عن هذا الإنهاء .

والقاعدة التى تفرض آداء الخدمة العسكرية على كل من تتوافر فيه شروط تأدية هذه الخدمة : قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها لأنها تتعلق بالدفاع عن كيان الدولة .

---

(١) جميل الشرقاوى – السابق ص٦٤ بتصرف .

(٢) أنظر : starck: droit civil introduction 1972 No 48. p. 23

(٣) نزيه المهدى – السابق – هامش ١ ص٩٢ .

(٤) عبدالناصر العطار ص١١٨-١١٩ حيث قال : نقترح تسمية هذه القواعد بالقواعد الباتة للدلالة على هذا المعنى بدلا من تسميتها بالقواعد الآمرة خصوصا وأن قواعد القانون قد تأمر أو تنهى أو تبيح أمر ما سواء كانت قواعد باتة أو قواعد مكملة مما يجعل التعبير عن القواعد التى لا يملك الأفراد الاتفاق على مخالفتها بالقواعد "الآمرة" تعبيرا غير منضبط وغير دقيق في الدلالة على المقصود منه "أ. هـ"

ومن أمثلتها أيضا : القواعد القانونية التى تحرم القتل أو السرقة أو الاختلاس كلها قواعد آمرة ، فلو اتفق إنسان مع آخر على أن يقتله ويتقاضى – لصالح ورثته – من القاتل مبلغ من المال فإن هذا القاتل لا يعفى من العقاب . وهكذا الشأن في كل قواعد القانون العام ، هي قواعد آمرة نظرا لطبيعة القانون العام الذى يتصل بالصالح العام للمجتمع[١] .

أما عن أمثلة القواعد الآمرة في الشريعة الإسلامية فكثيرة ؛ نختار منها : النصوص المحرمة للقتل كقوله تعالى **﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق﴾** [٢] وقوله عليه الصلاة والسلام " لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم أو مؤمن " ، والنصوص المحرمة لارتكاب السرقة كقوله تعالى **﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم ﴾** [٣] .

والنصوص التى تمنع الزواج بالمحارم من النساء ؛ كقوله تعالى **﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت﴾** [٤] .

والنصوص المانعة من الربا وتحريمه تحريما قاطعا كقوله تعالى**﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾** [٥] إلى غير ذلك من النصوص والقواعد الشرعية الآمرة التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها .

---

[١] عبدالمنعم البدراوى– السابق ص٨٩ .

[٢] سورة الإسراء : الآية (٣٣)

[٣] سورة المائدة : الآية (٣٨)

[٤] سورة النساء : الآية (٢٢)

[٥] سورة البقرة : الآية (٢٧٥)

٥٧- القواعد القانونية المكملة :

القواعد القانونية المكملة – ويسميها البعض القواعد المقررة[١] كما يطلق عليها البعض الآخر القواعد المفسرة [٢] – لأنها تفسر إرادة المتعاقدين عند غموض هذه الإرادة .

هي القواعد التى يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها فإذا ما اتفقوا على مخالفة حكم أى قاعدة مكملة كان اتفاقهم صحيحا ، أما إذا سكتوا عن مخالفة أحكامها فإنها تسرى عليهم ، وإعطاء هذه القواعد هذه الصفة جاء من حيث أنها لا تمس المصالح الأساسية للمجتمع أو إرادته العليا ، بل تمثل إرادة المتعاقدين المفترضة لتعلقها بمصالحهم الخاصة ، ومن ثم كان طبيعيا أن يتمكن الأفراد من الاستقلال بتنظيم مصالحهم الخاصة ، وما عنى المشرع الوضعي بهذا التنظيم إلا معاونة للأفراد ووقاية من تحكم القاضى ، ونطاقها ينحصر في أغلب قواعد القانون الخاص ، أو فى دائرة المعاملات المالية داخل نطاق القانون الخاص[٣] .

ومثال القواعد المكملة ما تنص عليه المادة ٤٥٦ من القانون المدني من أن " الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان الذى سلم فيه المبيع ما لم يكن يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " .

ومن أمثلتها أيضا ما تنص عليه المادة ١/٥١٤ مدني على أن نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر يكون بنسبة حصته فى رأس المال إلا إذا اتفق الشركاء فيما بينهم على نسبة تختلف عما قررته هذه المادة .

---

(١) جمال زكى – السابق ص١٦٣ ، سليمان مرقص – السابق ص ٨٧٠ ، عبدالفتاح عبدالباقى – السابق ص٥٩ .

(٢) توفيق فرج – السابق ص٥٤ ، السنهورى وأبو ستيت – السابق ص١٨٦ فى الهامش – ولكننا نرى مع البعض – منصور مصطفى منصور – أن لا شأن لتفسير غموض إرادة المتعاقدين بتطبيق هذه القواعد ، لأن المتعاقدين يمكنهما الاتفاق على عكسها فيسرى اتفاقهما ، وإذا سكتا عن الاتفاق على عكسها فتطبق عليهما قواعدها

(٣) د/ جمال زكى – السابق ص١٦٣ .

هذا وسنعود إلى ذكر أمثلة عديدة للقواعد المكملة عند حديثنا عن معيار التفرقة بينها وبين القواعد الآمرة .

٥٨- مدى توافر الإلزام في القواعد المكملة :

إذا كانت الخاصية الأساسية للقواعد المكملة أنها يمكن الاتفاق على عكسها، أفيمكن بعد ذلك القول بأنها قاعدة قانونية ملزمة ؟ أم أن إمكانية الاتفاق على عكسها ينفى عنها صفة الإلزام ؟

ذهب جمهور الفقه القانوني [١] إلى أن القواعد القانونية المكملة شأنها شأن القواعد الآمرة ، هي قواعد قانونية تتوافر لها صفة الإلزام ، والفرق بينهما وبين القواعد الآمرة أن تطبيقها رهين بعدم الاتفاق على خلاف حكمها، فإذا وجد هذا الاتفاق فقدت القاعدة المكملة أحد شروط تطبيقها ومن ثم فإن استبعاد تطبيقها يرجع إلى عدم توافر شروط هذا التطبيق لا إلى نقص فى قوتها الملزمة لأننا سبق أن رأينا أن صفة الإلزام هي أهم خصائص القاعدة القانونية، غاية الأمر أن القاعدة المكملة بسبب أنها تعالج أمورا خاصة بالأفراد قد يكونون أقدر على حسن تنظيمها ، ومن ثم كان لهم أن يخالفوها ويتفقوا على عكسها ، فإذا لم يحدث هذا الاتفاق فإنها تطبق عليهم مثل القواعد الآمرة تماما ولها جزاء توقعه الدولة قسرا على الأفراد عند الاقتضاء .

وذهب رأي حديث في الفقه القانوني إلى أنه وإن كانت جميع القواعد ملزمة إلا أن درجة إلزامها ليست واحدة ، فهي أشد في القواعد الآمرة عنها في القواعد المكملة ، وهذا ما يبرر إمكان مخالفة الأفراد لحكمها[٢] .

---

[١] سليمان مرقص- السابق ص٨٩-٩١ ، البدراوى - السابق ص٩١-٩٢ ، جمال زكى - السابق ص١٦٢ ، توفيق فرج - السابق ص٥٥ ، أحمد سلامة - السابق ص٩٣ ، نزيه المهدى ص٩٧ ، وعبدالفتاح عبدالباقى - السابق ص٦٩ .

[٢] أنظر : عرضا لهذا الرأي في المدخل لدراسة القانون - أحمد سلامة ص٩٢ .

غير أن هـذا الـرأي منتقد علـى أسـاس أن القـاعدة القانونيـة إمـا أن تكـون ملزمة وإما ألا تكون ، فدرجة الإلزام واحدة لا تتدرج [1] وإلا فما هو معيار هـذا التدرج ؟

وذهب رأي ثالث إلى إسناد عنصر الإلزام في القاعدة المكملـة إلـى الإرادة الضمنية للأفراد ، بمعنى أن المشرع الوضعي افترض انصراف إرادة المتعاقدين إلى حكم القاعـــدة المكمـــلة عند سكوتهم عـن مخالفتهـا فكـأنهم أرادوا تطبيقهـا ضمنا .

ولكن اعترض على هذا الرأي بأن القـاعدة المكملـة ملزمة تماما كالقـاعدة الآمرة ولا يمكن استبعاد هذا الإلزام من افتراض انصراف إرادة الأفراد الضمنية إليها لأن الأفراد قد يكونون جاهلين لحكمها ومع ذلك تنطبق عليهم[2] .

وذهب رأي رابع في الفقه – فى محاولة منه للتوفيـق بيـن الصفـة الملزمـة لهذه القاعدة وإمكان الاتفاق على مـا يخالفهـا – إلـى القـول بـأن القـاعدة القانونيـة المكملة اختيارية ابتداء وملزمة انتهاء ، فهى اختيارية في المرحلـة السـابقة علـى اتفاق الطرفين ، بمعنى أن يكون للطرفين حرية الأخذ بحكمها أو اسـتبعاده ، أمـا إذا اتفقا ولم يستبعدا هذا الحكـم فإنهـا تغـدوا ملزمـة لهـم وتنطبـق علـى تصرفهـم رغما عن إرادتهم .

ولكن جمهور الفقه المصري أصحـاب الـرأي الأول – انتقـدوا هـذا الـرأي على أساس أن اعتبارها قواعد غير ملزمة حينا (عند وقوع الاتفاق على خلافهـا) وملزمة حينا آخر (عند عدم الاتفاق على ما يخالفها) هو أمر معيب لأن القاعدة : هي هي لم تتغير ، ومنطق الأمور يقضى بإعطاء وصف واحد لهذه القاعدة ، إما أن تكون قاعدة قانونية ملزمة ، وعندئذ يجب اعتبارها كذلك من وقت وضعها لا

---

[1] منصور مصطفى منصور – السابق ص٥٩ هامش ١ .

[2] أنظر عرضا لهذا الرأي ونقده : د/ نزيه المهدي – السابق ص ٩٦.

من وقت العقد ، وإما أنها ليست كذلك منذ وضعها وعندئذ لا يمكن أن تتحول إلى قاعدة قانونية ملزمة عند تمام العقد [1] .

والواقع أننا نميل إلى الأخذ بهذا الرأي الأخير الذى يرى أن القاعدة القانونية المكملة هي قاعدة اختيارية ابتداء وملزمة انتهاءا ، لأن جمهور الفقه الذى انتقاد هذا الرأي هو ذاته الذى لا ينكر ضرورة وجود فرق بين القواعد المقررة والقواعد الآمرة من حيث جواز الاتفاق على ما يخالف الأولى دون الثانية ، ولا معنى لهذا الفرق - فى رأينا - إلا كونها اختيارية ابتداء وملزمة انتهاءا ، والقول بأن هذا الاختيار ينفى عنها صفة القاعدة القانونية بعدم توافر الإلزام لها ابتداء قول غير سديد لأن الإلزام في القاعدة القانونية ليس ركنا عند جمهور الفقهاء ، بل هو - الجزاء - عنصر جوهري في القاعدة القانونية ، أو هو شرط معتبر لوجود القاعدة القانونية ، بل أن وجود الجزاء - عند بعض الفقه[2] لا يلزم لوجود القاعدة القانونية ، وإنما يكفى ألا تتنافى طبيعة القاعدة مع وجود الجزاء ، واعتبار الجزاء معيارا للتفرقة بين القاعدة القانونية وغيرها فيه إنزال للنتيجة منزلة السبب وهو أمر مرفوض علميا تماما[3] .

ألا ترى أن كثيرا من قواعد القانون الدولي العام ليس فيه جزاء بالمعنى المتفق عليه ؟

أضف إلى ذلك أن اعتبار القاعدة القانونية المكملة اختيارية ابتداء وملزمة انتهاء هو ما يتسم والواقع العملي ، وإلا فبم يفسر إمكان استبعاد تطبيقها باتفاق الطرفين على ما يخالفها ؟ لا لشئ إلا لكونها غير ملزمة - فى هذه المرحلة -

---

(١) أنظر عرضا لهذا الرأي ونقده : عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص٩٢ ، سليمان مرقص- السابق ص٩٠ ، جمال زكى - السابق ص١٦٥ ، عبدالفتاح عبدالباقى ص٩٢، منصور مصطفى منصور - السابق ص٨٥ ، نعمان جمعة - السابق ص٦٢ ، جميل الشرقاوى - السابق ص٦٨، ٦٩.

(٢) د/ حسن كيرة - أصول القانون - الطبعة الثانية ١٩٥٨ ص٢٧ وما بعدها .

(٣) أحمد سلامة - السابق ص٥٥.

للأفراد ، وإلا كان اتفـاقهم علـى عكسـها يسـتوجب الجـزاء ، وهـو مـا لـم يقـرره القانون أو الفقه في هذا الصدد .

المبحث الثاني

معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

٥٩- تمهيـــد :

سبق أن ذكرنا أن القواعد الآمرة تعمل في مجال يتعلق بكيان الدولة ومصالحها الأساسية ، وفي هذا المجال لا ينبغي أن يترك الأفراد أحرارا ينظمون شئونهم كيفما يشاؤون [١] ، أما القواعد المكملة فإنها تعمل في مجال يتعلق بمصالح الأفراد ، فيما ليس فيه أساس بكيان الدولة ونظامها الأساسي ولهذا ترك للأفراد حرية تنظيم شئونهم الخاصة كيفما يشاؤون لأنهم أقدر من غيرهم على هذا التنظيم ، ولذلك توضع قواعد قانونية مكملة لإرادة الأفراد لا تعمل عملها إلا إذا سكت الأفراد عن بعض الأحكام التى تقررها مثل هذه القواعد . فما سبيل التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ، بمعنى كيف نعرف أن هذه القاعدة آمرة أو مفسرة ؟

يوجد لذلك معيارين للتعرف على طبيعة القواعد القانونية .

أولهما : المعيار اللفظي : ويسميه البعض المعيار الشكلي[٢] إلا أن إطلاق المعيار اللفظي عليه هو التسمية الصحيحة له؛ لأنه يعتمد على ألفاظ القاعدة القانونية ، أى أنه يستند إلى عبارة النص ذاته .

ثانيهما : المعيار المعنوي أو الموضوعي : وسمي بذلك لأنه يستند إلى طبيعة وموضوع المسائل التى ينظمها النص ومدى أهميتها .

هذا ... وسنعالج هذين المعيارين فى البنود الآتية :

---

[١] أنظر : توفيق فرج – السابق ص٥٦.
[٢] نزيه المهدي– السابق ص٩٨ ، البدراوى – السابق ص٩٣ .

٦٠- أولا : المعيار اللفظي أو الشكلي :

يقوم المعيار اللفظي أو الشكلي على أساس التعرف على صفة أو طبيعة القاعدة القانونية من عبارة أو ألفاظ النص القانوني ذاته ، فإذا تبين من عبارة النص وألفاظه أن القاعدة آمرة أو مكملة ترتب علي ذلك عدم إمكان مخالفتها أو إمكان ذلك بحسب الأحوال ، وهذا المعيار هو أوضح المعايير لأنه مباشر وسهل فإذا نص المشرع الوضعي صراحة على عدم جواز الخروج على أحكام القاعدة القانونية ، أو على بطلان ما يخالفها من اتفاق كانت القاعدة آمرة ، وإذا نص على جواز الخروج عليها أو إمكان مخالفتها ، كانت القاعدة مكملة ، كما أنه يمكن الاهتداء إلى طبيعة القاعدة القانونية من العبارات التى ترد فى النص القانوني .

ومثل الألفاظ التى تدل على أن القاعدة آمرة أن ينص المشرع الوضعي فى نهاية القاعدة على أنه " لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها أو على عكسها " أو ينص على أن " كل اتفاق على مخالفتها يقع باطلا" .

فالنص في متن القاعدة على عدم جواز مخالفتها أو على بطلان كل اتفاق على مخالفتها يدل على أنها آمرة ، وإذا كانت عبارة النص غير صريحة فى الدلالة على طبيعة القاعدة القانونية (آمرة أو مكملة) فإن الاهتداء إلى هذه الطبيعة قد يستفاد من العبارات التى يستعملها هذا النص ، وذلك بأن تأتى فى نهاية عبارة النص ألفاظ تدل على جواز الاتفاق على عكس ما ورد بصدره فهذا دليل على أن القاعدة مكملة ، وغالبا ما يكون ذلك بعبارة " ... ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك " أو " ... أو ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " فيفهم من نص العبارة بالمعيار اللفظي صراحة أن القاعدة مكملة [١] .

---

[١] أنظر : سليمان مرقص – السابق ص٩٣ ، البدراوى – السابق ص٩٤ -٩٥ ، أحمد سلامة – السابق ص٩٤ ، توفيق فرج – السابق ص٥٧ ، حسن كيرة – المدخل إلى القانون ص٤٥ ط٧٣ .

٦١- أمثلة للقواعد الآمرة طبقا للمعيار الشكلي :

هناك نصوص عديدة في القانون المصري اشتملت على قواعد آمرة صريحة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ومن أمثلتها :

أ- ما تنص عليه المادة ٢/١٣١ مدني من أن " التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه " .

ب- ما تنص عليه المادة ٤٩٢ من أن " هبة الأموال المستقبلة باطلة " .

جـ- تقضى المادة : ٢/١٣٣ مدني ببطلان رهن المال المستقبل .

د- ما تنص عليه المادة : ٢٢٧ مدني من أنه " يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة ، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة . فهذه المادة تضمنت قاعدة آمرة هي أن الحد الأقصى للفائدة الجائز الاتفاق عليها يجب ألا يزيد على ٧٪ وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا .

هـ- ما تقضى به المادة ٤٧١ مدني من أنه " لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة، ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتريا بأسمائهم ولا بإسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا " .

و- ما تنص عليه المادة ٥١٩ مدني من أن "الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة ، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها وكل اتفاق على غير ذلك باطل " .

٦٢- أمثلة للقواعد المكملة طبقا للمعيار اللفظي :

أ- تنص المادة ٤٦٤ مدني على أن " نفقات تسليم المبيع على المشترى ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك ".

ب- ما تقضي به المـادة ٤٥٦ مدني مـن أن " يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذى سلم فيـه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك " .

جـ- ما تقضي به المـادة ٢/٥٨٦ مدني من أنه " يكون الوفاء - بالأجرة - في موطن المستأجر ما لم يوجد هناك اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك" .

د- ما تنص عليه المـادة ٤٥٧ من أنه " يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذى يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك " .

ولا ريب أن كل إنسان يدرك بمطالعته هذه النصوص وأمثالها أن هذه القواعد مكملة لإرادتهم واتفاقاتهم بدليل أنها تقرر جواز الاتفاق على عكس ما ورد فيها من أحكام .

٦٣- ثانيا : المعيار الموضوعي أو المعنوي :

إذا كانت النصوص القانونية غير صريحة وغير واضحة الدلالة على طبيعة القاعدة القانونية : أهي قاعدة آمرة أو مكملة.؟ فعندئذ يجب البحث عن معيار آخر للتفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ، وهذا المعيار هو المعيار الموضوعي أو المعنوي ، وهو يستند إلى مدى أهمية الموضوع الذى يعالجه في نظر المجتمع ومدى مساسه بكيان الجماعة ومصالحها الأساسية للقول بأن القاعدة آمرة أو مكملة ، ومن هنا سمي بالمعيار المعنوى لأنه لا يستند إلى ألفاظ وشكل القاعدة القانونية ؛ وقد استند الفقه في هذا الصدد إلى معيار مميز هو فكرة النظام العام L' ordre public والآداب العامة .

فكل القواعد التى تتعلق بالنظام العام والآداب تكون قواعد آمرة ، وكل ما لا يتعلق بالنظام العام والآداب تنظمه قواعد مكملة ، ولكن ما هو المقصود بالنظام العام والآداب ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه حالا .

٦٤- فكرة النظام العام :

اتخذ المشرع الوضعي من النظام العام معيارا للتفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ولكنه لم يحدد فكرة النظام العام أو يعرفه مما أثار خلافا واضطرابا بين فقهاء القانون في تحديد مفهوم "النظام العام" ولم ينجح الفقه حتى الآن في القيام بما امتنع عنه المشرع الوضعي وأصبح من المسلم به القول بأنه لا يوجد حتى الآن تعريف محدد للنظام العام ، باعتباره فكرة تستعصى على التحديد الدقيق .

إلا أن هذا لم يمنع من بذل محاولات عديدة لوضع تعريف محدد له ومن ثم يمكن القول بأن النظام العام :

١- "هو الوضع الطبيعي أو المادى والمعنوى لمجتمع منظم " [١] .

أى أنه حالة أو وضع ، وليس قانونا ، وهذا الوضع يكون ماديا فيشمل عناصر المجتمع الأساسية كالأشياء والأشخاص والتصرفات ، ويكون معنويا فيشمل ما يهيمن على الجماعة من عقائد راسخة ومبادئ أخلاقية واقتصادية ، وهو وضع "طبيعي" يجب الدفاع عنه والإبقاء عليه ، وهو يكون "لمجتمع منظم" أي يرتبط بالمجتمع ، ومعنى ذلك أنه يتغير من دولة إلى أخرى ؛ فما يعتبر من النظام العام في مصر لا يعتبر كذلك في فرنسا والعكس صحيح ، ويتغير من زمان إلى آخر ؛ فما يعتبر من النظام العام في مصر عام ١٩٠٠ مثلا لا يعتبر كذلك حاليا ، وما يعتبر من النظام العام الآن قد لا يكون كذلك بعد بضعة أعوام .

٢- وعرفه البعض الآخر بأنه عبارة عن الأساس السياسي والاقتصادي والاجتماعي والخلقي الذى يقوم عليه كيان المجتمع في الدولة كما ترسمه

---

[١] د/ أحمد مسلم l' ordre public devant le guge egptien رسالة من باريس ١٩٤٩ ص٢٧ .

القوانين المطبقة فيها [١] .

وبناء على هذا التعريف الراجح تكون فكرة النظام العام هي فكرة نسبية تختلف من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر حسب اختلاف وتطور المعتقدات والظروف الاجتماعية السائدة في البلد . فدائرة النظام العام تضيق إذا كان المذهب السائد في الدولة هو المذهب الفردي ، وتتسع إذا كان المذهب السائد هو المذهب الاجتماعي (الاشتراكي) .

وترتيبا على ما تقدم تعتبر قواعد القانون العام الداخلي كلها متعلقة بالنظام العام لأنها تمس كيان الدولة السياسي والاجتماعي والخلقي ، فمثلا لا يجوز الاتفاق الذى يقيد شخصا فى اعتناق الدين الذى يريده ، ولا الاتفاق على ارتكاب جريمة تقع على النفس أو المال أو العرض ، ولا الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص القضائي للمحاكم - فيما عدا الاختصاص المحلي ، كما أن كل الحريات العامة وهي التى تنص عليها الدساتير عادة : كالحرية الشخصية ، وحرية الرأي ، وحرية العقيدة ، وحرية الانتخاب والترشيح هي من قواعد النظام العام ومن ثم كانت القواعد التى تنظمها قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على عكسها ؛ أما فكرة النظام العام داخل نطاق القانون الخاص فهى تكون أقل إتساعا لأن معظم قواعد القانون الخاص : قواعد مكملة ، ومن ثم فهى لا تتعلق بالنظام العام ، إلا أن بعض قواعد القانون الخاص لا تخلو من فكرة النظام العام ومن ثم تعتبر قواعد آمرة ومن ذلك مثلا :

قواعد الأهلية تعتبر من القواعد الآمرة لتعلقها بالنظام العام ولذلك لا يجوز لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها " (م ٤٨ مدني مصري) .

---

[١] البدراوى – السابق ص٩٥-٩٦ ، سليمان مرقص– السابق ص١٠١ ، حسن كيرة – السابق ص٤٧ ، نزيه المهدي ص١٠١ ، جميل الشرقاوى – السابق ص٧٢ ، عبدالودود يحي – السابق ص٦١ ، منصور مصطفى منصور – السابق ص٦٢ وجمال زكى – السابق ص١٦٩

وكذلك الشأن في قواعد الولاية ، فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم تعديل اختصاصه وحقوقه المنصوص عليها في القانون .

كما أن أغلب القواعد الخاصة بنظام الأسرة هي من القواعد الآمرة لتعلقها بالنظام العام لأن الأسرة هي الخلية الأولى في المجتمع ، فتكون القواعد التي تنظمها في مقدمة الأسس التي يقوم عليها بناء الجماعة فلا يجوز الاتفاق على تعديل حقوق كل من الزوجين قبل الآخر .

فلا يجوز للزوج المسلم النزول مقدما عن حقه في طلاق زوجته أو في التزوج عليها ، ولا يجوز له النزول عن حقه في الزواج بأكثر من واحدة وحتى أربع ، ولا يجوز النزول مقدما عن المطالبة بالنفقة التي يوجبها القانون بين الأزواج أو بين الأصول والفروع أو بين ذوى الأرحام ، لأن كل هذه الحقوق تتعلق بالنظام العام ومن ثم كانت القواعد المنظمة لها من القواعد الآمرة كما يعتبر من النظام العام بعض القواعد الخاصة المتعلقة بالمعاملات المالية بين الأفراد نظرا لاتصالها بالمصالح الأساسية للجماعة ، فلا يجوز الاتفاق على فائدة تجاوز الحد الأقصى المشروع (م ٢٢٧ مدني مصري) ولا يجوز الاتفاق على منع قسمة المال الشائع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٨٣٤ مدني مصري) ، ولا يجوز الاتفاق على منع إنقاص الالتزام المرهق في حالة الظروف الطارئة[١] (م ١٤٧ مدني مصري) .

٦٥- فكرة الآداب العامة :

ثار بشأن تحديد فكرة الآداب العامة ما ثار بشأن تحديد فكرة النظام العام من صعوبة في تحديد مضمونها الدقيق لإغفال المشرع الوضعي تحديد معناها تحديدا واضحا .

---

(١) أنظر : د/ حسن كيرة – المرجع السابق ص٤٩-٥٠ ، البدراوى – السابق ص٩٧-٩٩، جمال زكى – السابق ص١٦٨-١٧١ ، توفيق فرج – السابق ص٥٨-٦٠ ، نعمان جمعة – السابق ص٦٩ ، منصور مصطفى منصور– السابق ص٧٨ ، عبدالناصر العطار – السابق ص١٢٦ ، لاشين الغاياتى – السابق ص٨١-٨٤ .

ولقد حاول الفقـه تحديد فكرة الآداب العامة ، فقرر أن الآداب العامة هـى " جزء من الأخـلاق الاجتماعيـة يعتبره المشـرع أساسا للتنظيم القانوني فيـه [١] .

أو هي : " مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقـا لنـاموس أدبي يسود علاقـاتهم الاجتماعيـة ، وهذا النـاموس الأدبـي هـو وليـد المعتقدات والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه النـاس "[٢] .

ويبين من هذه التعريفات أن قواعد الآداب قواعـد غير منضبطـة وصعبـة التحديد ، ويبقى على القاضى أن يستوحى فى تقديرهـا ضمـير الأمـة ومعتقداتهـا الدينية والخلقية ، كما أن على الفقيه أن يظـل غارسـا بفكـره أشـجار البحث عن تحديد ماهية الآداب العامة ويظل مغذيا بفكره ورأيـه القضـاء حتـى يسـتلهم منـه الأخير أمثل الحلول لتحديد فكرة الآداب العامة .

وفكرة الآداب العامة هي أيضا كالنظام العام فكرة نسبية تختلف من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر ، فمثلا عقد التأمين على الحياة اعتبرته كثير من الشـرائع في أول ظهوره من العقود المخالفة لـلآداب ... اعتبرتـه كذلـك بدعـوى أن حيـاة الإنسان لا يجـوز أن تكون موضـوع تعـامل ، ولأن وفـاء الإنسـان لا يجـوز أن يكون مصدر اغتناء لغيره ، ولأنها خشيت أن يتعجل المستفيد وفاة المؤمن عليـه ، ولكن ما لبثت هذه الشرائع أن اختلفت نظرتها للتأمين علـى الحيـاة ، ووضعت له القواعد التى تكفل عدم خروجه على الآداب وأصبح اليوم نظاما مسلما به فـى كل الشرائع [٣] وإن كان هذا العقد لازال محـل نقـاش وجدل طويـل بيـن فقهـاء الشريعة الإسلامية .

---

[١] البدراوى – المرجع السابق ص١٠٢ ، حسن كيرة – السابق ص٧١ .
[٢] السنهورى وأبوستيت – المرجع السابق هامش ص١٨٣ .
[٣] البدراوى – السابق ص١٠٢ .

ومن تطبيقات فكرة الآداب العامة :

أ- إبطال القضاء لكل اتفاق متعلق باستغلال بيوت العهارة أو أندية القمار حتى ولو كانت تلك البيوت أو الأندية مرخصا بها من جهة الإدارة لأن الترخيص وإن كان ينفى عنها مخالفتها للنظام العام إلا أنه لا ينفى عنها مخالفتها للآداب العامة .

ب- إبطال القضاء للتعهد المأخوذ بدفع مبلغ إلى شخص آخر في مقابل إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة مع ذلك الآخر .

جـ- إبطال القضاء للتعهد بدين قمار أو القرض الذى يقصد به تمكين المقامر من المقامرة أو الاستمرار فيها [١] .

وهكذا نجد أن فكرة الآداب العامة هي الوجه الأخلاقي للنظام الذى يتعلق بالمصالح الأساسية العليا للجماعة .

وبذلك نكون قد انتهينا من معالجة المعيار اللفظي والمعيار الموضوعي للتفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة .

---

[١] أنظر - سليمان مرقص- المرجع السابق ص١٠٩ .

الباب الثالث

مصـــادر القـــانون

Les sources du droit

٦٦- بيـان وإيضـاح :

يقصد بدراسة مصادر القانون ودراسة الطرق أو الوسائل المختلفة التى تعبر بها الدولة عن إرادتها تعبيرا قادرا على إنشاء أعداد غير متناهية من القواعد القانونية الملزمة ، ومن ثم فتحديد مصدر كل قاعدة قانونية على حده أمر غير مقصود ، لأن مثل هذا التحديد قد يكون ضروريا عند دراسة هذه القواعد دراسة خاصة ، أي أن مجال هذه الدراسة الخاصة ليس النظرية العامة للقانون التى نحن بصددها .

ويستبين مما تقدم أن المصدر الأول للقانون هو إرادة الدولة ، والدولة لا تعبر عن إرادتها هذه بطريقة واحدة بل بطرق عدة : كالتشريع والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ... الخ .

ونظرا لتعدد القواعد القانونية ، واختلاف طرق التعبير عن إرادة الدولة بشأن هذه القواعد فإنه يكون ضروريا أن تتعدد مصادر القاعدة القانونية .

ولعل معنى كلمة مصدر لا تخرج عن أنها تعنى "الينبـوع " أو "الأصـل" أو "الأسـاس" التى استمدت منه القاعدة القانونية وجودها وقابليتها للتطبيق على أفراد المجتمع ، فمصدر القاعدة القانونية هو "الينبـوع" الذى تأتى منه القاعدة "[1] . فإذا نظرنا إلى أية قاعدة قانونية كالمادة : ٢٣٠ من قانون العقوبات

---

[1] د/ أحمد سلامة – المدخل لدراسة القانون – المرجع السابق ص١٠٣ ، د/ نعمان جمعة– دروس فى المدخل للعلوم القانونية – السابق ص١٤٣ ، وانظر د/ سمير تناغو – النظرية العامة للقانون – السابق ص٢٣١ ، سليمان مرقص – المدخل للعلوم القانونية – السابق ص١١٢ ؛ د/ توفيق فرج – المدخل للعلوم القانونية – السابق ص٦١ وما بعدها، جميل–

التى تقضى بأن " كل من قتل نفسا عمدا مع سبق الإصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالإعدام " ، أو المادة ٣٧٤ من التقنين المدني التى تقضى بانقضاء الالتزام بمضي خمسة عشر سنة نجد أن كل منهما تضمنت حكما معينا هو عقوبة القتل العمد ، وانقضاء الالتزام بمضي المدة ، وهذا الحكم "مصدره" أو "ما دل عليه" هو "نص القانون" وهو ما يعبر عنه "بالتشريع" ، أي أن التشريع هو "مصدر" الحكم الذى تضمنته أية قاعدة قانونية ملزمة .

وعلى ضوء هذا التحليل تعددت الأوصاف التى تلحق بكلمة "مصدر" بحيث يخصصها كل وصف بمعنى معين ، فيقال :

أ- المصادر المادية أو الموضوعية les sources materielle أي أن المصدر الموضوعى - ويوصف بأنه المصدر الحقيقي للقاعدة القانونية - هو الذى تستمد منه القاعدة القانونية مضمون الخطاب الذى تنطوى عليه أو موضوعه أو مادته كحاجة الجماعة وظروفها الاقتصادية والسياسية والفكرية ، وأعرافها وتقاليدها ، وديانتها ومبادئ الأخلاق المهيمنة عليها ، فإذا اقتضت حاجة الجماعة أن تؤمم ملكية وسائل الإنتاج في المشروعات الكبرى ، أو اقتضت ظروفها الاجتماعية والاقتصادية أن تحدد الملكية : نبع من كل هذه المقتضيات موضوعات أو أفكار وأخذت تبحث عن طريق لها يدخلها دائرة القانون الوضعي ، أي أن تنظيم هذه المقتضيات يكون في صورة " تقنين" وضعي يصبح ملزما للأفراد ، غير أن مادة القاعدة القانونية قد تستقى من قانون معين كما حدث حين أخذت قوانيننا معظم أحكامها من القانون الفرنسي أو من الشريعة الإسلامية وحينئذ يتخصص المصدر الوضعي بتسمية أخرى

-الشرقاوى - دروس فى أصول القانون - السابق ص١١٢، عبدالمنعم البدراوى - مبادئ القانون - السابق ص١٠٥ ، عبدالمنعم الصدة - أصول القانون - المرجع السابق ص٨٢، عبدالودود يحي - المدخل لدراسة القانون - السابق ص٦٧ ، حسن كيرة - السابق ص٢٠٥ وما بعدها ، جمال الدين زكى - مقدمة الدراسات القانونية - السابق - ص٤٢ وما بعدها ، وعبدالناصر العطار - مدخل القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية - السابق ص١٧ ، نزيه المهدى - السابق ص١٢٩ .

هى " المصدر التـاريخي " source historique وهنـا يقـال أن القـانون الفرنسي والشريعة الإسلامية مصدران تاريخيـان لقانوننـا الـذى استقى منهما بعض أو معظم أحكامه .

ب- المصادر الرسمية أو الشكلية les sources formelle ويقصد بها المصادر المنشئة للقاعدة القانونية أو وسيلة إخراجها للناس ، أو الطريـق المعتمد الذى تنفذ منه قاعدة من قواعد السلوك إلى دائرة القانون الوضعي وتكسب بمرورها منه عنصر الإلزام ، أي أنها تصبح بمرورها منه ملزمة للأشخاص والهيئـات وواجبة التطبيق في المحاكم ، وبهذا المعنى يقال أن التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية من المصادر الرسمية للقـانون ، وتسمى أيضا بالمصـادر الشكلية لأنها المظهر أو الشكل الخـارجي الذى تظهر فيـه الإرادة ملزمـة للمجتمع .

جـ- المصـادر التفسيرية les sources interpretative ويقصد بها وسـائل استنباط الأحكام من المصادر الرسمية ، ومن ثم فتعبير "المصـادر التفسيرية" تعبير غير دقيق ؛ نظرا لانعدام علاقتها بتكوين القـاعدة القانونيـة ، ويقتصر دور هذه المصادر على استخراج أو استكشـاف أو إيضـاح مضمون القـاعدة القانونية ، ومثال هذه المصـادر : الفقـه - أي آراء الفقهاء وأساتذة وشـراح القانون - والقضـاء ، غير أن القـاعدة القانونيـة إذا استمدت - مادتها من الفقه ، وأحكام القضاء يصبحان مصدرا ماديا وليس مصدرا تفسيريا .

وستقتصر دراستنا على المصادر المنشـئة للقـانون أو الينـابيع التـى تخـرج للنـاس قواعد السلوك الملزمـة ، أي سندرس المصـادر الرسـمية والمصـادر الرسمية والمصادر التفسيرية ، تاركين دراسة المصـادر الموضوعيـة أو الماديـة لاتصالها بموضوعات وعلوم أخرى أشد اتصالا بها من علوم القـانون .

الفصل الأول

المصـادر الرسمية للقـانون المصـري

٦٧- تعداد المصادر الرسمية للقانون المصري :

حددت المادة الأولى من التقنين المدني المصري المصادر الرسمية للقانون حين نصـت علـى أنـه " تسرى النصـوص التشـريعية علـى جميـع المسـائل التـى تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها .

فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف فـإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسـلامية ، فـإذا لـم يوجـد فبمقتضـى مبـادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " .

ويستبين من هذا النص أن المشرع الوضعي حدد للقـاضى المصـادر التـى يجب عليه الرجوع إليها ليستقى منها أحكامه في المسائل المدنية ، وهذه المصادر مرتبة حسب تدرجها في القوة ، فالقاضى يلتزم بالبحث فى المصدر المذكور أولا وهو "التشـريع" فإذا لم يجد فيه حلا للمشكلة المعروضة عليـه يلجـأ إلـى المصـدر التالى وهو "العـرف" وهكـذا ...

وسنعالج في هذا الفصـل المصـادر الرسـمية للقـانون كمـا أوردتهـا المـادة الأولى من التقنين المدني المصري وهي محصورة في أربع :

١- التشـريع la legislation

٢- العرف .

٣- مبادئ الشريعة الإسلامية .

٤- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

المبحث الأول

التشـــريع

المطلب الأول
تعريف التشريع وأهميته ومزاياه وعيوبه

٦٨- تعريف التشريع :

التشريع la legisiation يراد به أحد معنيين :

الأول : كل قاعدة مكتوبة تتولى وضعها سلطة عامة معينة [١] .

الثاني : قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع قواعد جبرية مكتوبة تنظم المجتمع طبقا للإجراءات المقررة لذلك[٢] ، والفرق بين المعنيين أن ثانيهما يقوم على أساس النظر إلى المصدر الذى نستقى منه القاعدة ، فإذا قلت : إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، كنت تقصد المعنى الأول ، وإذا قلت أن التشريع هو المصدر الرئيسي كنت تقصد المعنى الثاني[٣] .

ويوجد بجانب المعنيين السابقين معنى ثالث للتشريع إلا أنه أضيق نطاقا من سابقيه وهذا المعنى الثالث يراد به : مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التى تنظم أمرا من الأمور ويكون صادرا من السلطة التشريعية بالذات فيقال

---

[١] جمال الدين محمود زكى – المصدر السابق ص٧٨ .
[٢] أنظر : توفيق فرج – السابق ص٦٥ ، سمير تناغو – السابق ص٢٩٣.
[٣] د/ أحمد سلامة – المصدر السابق ص١٠٦ ، وانظر : جميل الشرقاوى – السابق ص١١٥ ، عبدالمنعم الصدة – السابق ص٨٩ ، عبدالودود يحي – السابق ص٧٢.

مثلا : التشريع الزراعي ، والتشريع العمالي ، وتشريع الضرائب وهكذا ....، والواقع أن هذا المعنى الأخير للتشريع هو الذى نقصده في معظم دراستنا .

٦٩- خصائص التشريع :

اتضح من التعريفات السابقة للتشريع أنه لابد أن يتضمن الخصائص الآتية :

أولا : يجب أن يصدر التشريع في صورة مكتوبة ، أي في صورة وثيقة مكتوبة تحدد معناه وتنص على إلزامه ، وبذلك يتحدد للقاعدة القانونية التى يتضمنها التشريع التحديد والثبات اللذان يدفعان عنها الغموض والإبهام ، وهذا هو ما يفرق بين التشريع والعرف الذى لا يفرغ في لفظ مكتوب أو وثيقة مسطورة ، بل يظل معنى يستخلص من تواتر العمل في الجماعة بسنة معينة مع الاعتقاد في إلزام هذه السنة .

ثانيا : يجب أن تتضمن عناصر التشريع وضع قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح، أي أن التشريع لابد أن يضع قاعدة عامة مجردة ملزمة للسلوك ، ولذلك لا يعتبر تشريعا أو قاعدة تشريعية الأمر الذى يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة خاصا بشخص معين بذاته أو متعلقا بواقعة أو رابطة معينة بذاتها ، وذلك كالقرار الصادر من مجلس الشعب (السلطة المختصة بوضع التشريع) بربط معاش استثنائى لشخص معين نظرا لظروفه أو قيامه بمهام جليلة في خدمة الدولة ، لأن مثل هذا الأمر لا يضع قاعدة مجردة ، فهو لا يتوجه إلى طائفة غير محددة من الأفراد ولا إلى طائفة غير متناهية من الروابط أو الوقائع يتحدد فيها الدخول بشروط معينة ولذلك يفرق الفقهاء بين نوعين من التشريعات الصادرة من السلطة التشريعية :

أ- **تشريع بالمعنى الصحيح من حيث الشكل والموضوع** : وهو ما يعتد به كمصدر للقاعدة القانونية ، ويجب أن تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية من العمومية والتجريد والإلزام ... الخ على ما سبق بيانه .

ب- **تشريع بالمعنى الشكلى فقط** : وهو عبارة عن قرارات تصدر - من حيث الشكل فقط - عن السلطة التشريعية ، ولكنها ليست تشريعات بالمعنى الصحيح لأنها من الناحية الموضوعية ليست قواعد عامة مجردة، بل تتعلق بشخص معين ، أو رابطة معينة ، أو واقعة معينة ، ولذلك فإن ميزانية الدولة إذا كانت تصدر فى صورة قانون أو تشريع ، إلا أن هذا الوصف صحيح من الناحية الشكلية فقط دون الناحية الموضوعية .

ثالثا : يجب أن يصدر التشريع عن سلطة عامة مختصة فى الدولة بوضعه لما لها من حق السيادة والسلطان وهذا هو ما يميز العرف عن التشريع لأن العرف لا يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة ، وإنما هو عبارة عن قواعد تنشأ تلقائيا بسبب جريان الناس على اتباع سلوك معين مدة طويلة حتى يستقر فى وجدانهم الشعور بإلزامه[١] .

٧٠- أهمية التشريع :

التشريع الوضعي في مصر هو المصدر الأول والرسمي لكل قاعدة قانونية ، بل أن معظم دساتير وقوانين الدول الحديثة تعتبره كذلك ، رغم أنه لم يكن كذلك فيما مضى ، لأنه كان مصدرا محدودا للقاعدة القانونية في الأزمان الغابرة .كما يكتسب التشريع أهميته من حيث أنه يحتوى على كم هائل من القواعد التى يحتويها وتكاد تنظم غالبية أوجه نشاط المجتمع .

وللتشريع أهمية أخرى من حيث أنه يتعين على القاضى أن يلجأ إليه أولا لحل ما يعرض عليه من منازعات ، فلا يستطيع القاضى أن يلجأ إلى تطبيق

---

[١] أنظر : د/ حسن كيرة - المرجع السابق ص٢٢٨- ٢٣١ ، نزيه المهدى - المرجع السابق ص١٣٢- ١٣٣ .

قاعدة عرفية في ظل وجود قاعدة تشريعية تحكم النزاع المعروض عليه وإلا كان حكمه مخالفا للقانون وتعين إلغاؤه ، وحتى فى حالات غموض نص التشريع لا يحق للقاضى أن يترك هذا التشريع الغامض ويحكم بمقتضى العرف، بل يجب عليه أن يزيل غموض النص باللجوء إلى قواعد التفسير المختلفة ثم يطبق النص[١] .

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن ثمة دول لا يزال دور التشريع فيها متواضعا وهي البلاد التى يسودها النظام الأنجلوأمريكى ، ففى هذه البلاد تعتبر أحكام القضاء أو السابقة القضائية هي المصدر الأساسي ، والتشريع ينحصر دوره فى إدخال تعديلات ما استقر عليه القضاء وحين يتكلم التشريع فلا يقاس على أحكامه لأنه استثناء والاستثناء لا يقاس عليه .

<u>٧١- مزايا التشريع :</u>

نخلص مزايا التشريع فيما يلى :

<u>أ- التشريع يحقق وحدة القانون فى الدولة :</u>

من شأن التشريع أن يؤدى إلى توحيد القانون فى البلد الواحد لأنه يطبق كقاعدة عامة بالنسبة للجميع ، بما يترتب عليه تبسيط التعامل وتقوية الروابط الاجتماعية بين أفراد الأمة ، فأنت لا تجد قانونا ينظم رابطة أو علاقة معينة أو واقعة محددة في إقليم يخالف قانونا ينظم تلك الرابطة أو العلاقة أو الواقعة في إقليم آخر داخل الدولة الواحدة ، بخلاف العرف الذى قد يختلف من إقليم لآخر بل ومن طائفة إلى طائفة أخرى من أبناء الشعب الواحد .

والتوحيد القانونى في الدولة له أهميته من حيث أنه أهم وسائل التوحيد السياسي للبلد الواحد ، ولذلك فالتاريخ يدلنا على أن الدول الحديثة لم تستكمل وحدتها السياسية إلا باستكمال وحدتها القانونية كما حصل فى إيطاليا وألمانيا

---

[١] أنظر : توفيق فرج – المرجع السابق ص٦٦، أحمد سلامة – المرجع السابق ص١٠٧ .

وفرنسا في القرن التاسع عشر ؛ ومن ثم فإننا نرى أن من ينادون بتوحيد الأمة العربية سياسيا واجتماعيا قد غفلوا عن تلك الحقيقة وهي ضرورة وحدة القانون أولا في مختلف الأقطار العربية حتى يمكن تحقيق الوحدة الشاملة ، ونقصد بتوحيد القانون "القانون الإسلامي" أي تطبيق مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي .

ب- التشريع يمتاز بسهولة وسرعة وضعه وتعديله وإلغائه :

فالتشريع يستغرق صنعه وقتا قصيرا بالنسبة إلى ما يستغرقه تكون العرف، ذلك أنه بمجرد أن تستدعى الحاجة سن تشريع وضعي جديد فإنه من السهل سرعة صدور تشريع خاص بتنظيم هذه الحاجة من السلطة التشريعية ، كما أنه من السهل تعديل القواعد القانونية الموجودة أو إلغاؤها إذا استوجبت ظروف المجتمع هذا التعديل أو الإلغاء ، وهو بهذا يتميز عن العرف الذى يستغرق تكوينه وقتا طويلا حتى يستقر في وجدان الجماعة ويصبح قاعدة ملزمة.

جـ- التشريع يمتاز بالدقة والوضوح :

فالتشريع يوضع في نصوص مكتوبة بواسطة السلطة المختصة بعد التأمل في كل كلمة من كلماته وتقدير كافة الاحتمالات التى يمكن أن تتوفر في نطاقه ، ولذلك تأتى القاعدة القانونية – غالبا – منضبطة وواضحة لا تثير عناء في فهمها، ومن هنا يتسنى لكل فرد أن يتعرف على مضمونها ويستخلص منها ما تعطيه له من حقوق وما تفرضه عليه من واجبات مما يؤدى إلى استقرار التعامل والتشجيع عليه ، ويضمن الثقة المشروعة التى تتولد عن هذا التعامل .

د- التشريع أداة لتطوير المجتمع :

فعن طريقه يمكن انتقال النظم القانونية من بلد إلى آخر ، حيث تعتمد الدول – غالبا – عند وضع تشريع معين إلى الاستهداء بخبرة الدول الأخرى

التى سبقتهــا في ذلك لتستفيد منهـا في صياغة تشريعاتها وتنظيم بعض الأمور المتشابهــة[1] شأن الاستهداء بالتطورات التكنولوجية والاقتصــادية تمــامــا .

٧٢- عيوب التشريع :

إذا كان للتشريع مزاياه السابقة فإنه لا يخلو من بعض المثالب ، لعل من أهمها :

أولا : التشريع قد يأتي غير ملائم لظروف الجماعة :

إذ أن التشـريع ينظـم أمـرا أو علاقـة معينـة ، وهـذا النظـام قـد ينجـح فـى الخارج ويفشل فى الداخل لاختلاف البيئة ، كما أن هناك كثيرا من الأفكـار تبـدو خلابة لأول وهلة ولكن تطبيقها يثير كثيرا من الصعوبات ، فهنـا يكـون التشـريع الذى يدخل ذلك النظام أو هذه الفكرة أداة تعقيد وليس أداة تيسير ، كما قد يكـون كلا من النظام والفكرة ملائمين لظروف المجتمع وقت وضع التشـريع ثـم تتغـير الظروف الاجتماعية بعـد ذلـك ، ويظـل التشـريع جـامدا لا يتطـور ولا يسـتجيب لواقع وظروف المجتمع .

ويمكن الـرد علـى هـذا العيـب بأنـه تأسـس علـى سـوء الظـن فـى السـلطة المختصة وأنها لا تعى واقعها أو ما يدور حولها ، ولكن الواقع يقول أن السـلطة المختصة بسن التشريع تتكون من عقـول واعيـة مدبـرة تعبـر عـن واقـع ورغبـة الجماعة غالبا ، وكل تشريع لا يتفق وظروف الجماعة إنمـا هـو تشـريع محكـوم عليه بالاندثار ، ومن مصلحة السلطة ذاتها أن تبـادر بتغيـير التشـريعات التـى لا تلائم سنة التطور حتى لا تجئ لنفسها بالقلاقل والاضطرابات .

---

[1] أنظـر : توفيـق فـرج – السـابق ص٦٧ ، عبدالمنعم الصـدة – السـابق ص٩٢ ، د/ أحمـد سلامة – السابق ص١٠٨ -١٠٩ ، جميـل الشـرقاوى – السـابق ص١١٧ ، د/ عبدالمنعم البدراوى – السابق ص١٠٩ ، نزيه المهدى – السـابق ص١٣٤ ، جمـال زكـى – السـابق ص٧٩ .

ثانيا :

عيب علـى التشـريع أن وضعـه فـى نصـوص مكتوبـة يـؤدى إلـى جمـوده وتجديد نطاقه ومدلول تطبيقه .

ولكن يرد على هذا بأن تفادى هـذا الجمـود وضمـان تطـور المجتمـع أمـر ميسور عن طريـق النـص علـى إمكـان تغييره وتعديلـه وإلغائـه حينمـا تسـتدعى الظروف ذلك [١] .

ومما سبق يتضح أن التشـريع بمزاياه السـابقة ووهـن عيوبـه يحتـل مكـان الصدارة بالنسبة للمصادر الأخرى ، وأنه المصدر الرئيسى الملائم للأوضـاع فـى الدول المعاصرة .

(١) أنظر فيما سبق : أحمد سلامة – السابق ص١١٠ ، توفيق فرج – السابق ص٦٨.

المطلب الثاني
سن التشريع ونفاذه

٧٣- أنواع التشريع :

تختلف السلطات التى تختص بالوظيفة التشريعية باختلاف شكل ونظام الحكم فى الدولة ، فقد تكون هذه السلطة فردا واحدا كما هو الشأن فى الملكيات المطلقة ، وقد تكون مجلسا أو مجالس نيابية (البرلمان) هي التى تملك سلطة وضع التشريع ، وهذا هو الغالب في المجتمعات الديمقراطية الحديثة .

والتشريعات ليست كلها من نوع واحد ، إذ تختلف فى مدى قوتها وطريقة سنها حسب أهمية الموضوعات التى تنظمها أو السلطة التى وضعتها .

وفى هذا الصدد يمكن إجمال أنواع التشريعات في ثلاثة أنواع تتدرج أهميتها حسب الترتيب التالى[1] :

١- **التشريع الأساسى للدولة** : وهوالدستور، وهو عبارة - كما سبق أن بينا عن مجموعة القواعد الأساسية التى تبين شكل الدولة ، وتبين قواعد الحكم، وتنظم السلطات العامة فيها وتقرر الحقوق الأساسية للأفراد والضمانات الواجبة لهم .

٢- **التشريع العادى أو الرئيسي للدولة** : وهو التى تضعه السلطة التشريعية فى حدود اختصاصها المبين بالدستور لتنظيم المسائل الرئيسية في الدولة ، ويشمل جميع القوانين العادية التى لا تتعلق بالنظام الأساسي للدولة ، وقد

---

[1] أنظر فى هذا الموضوع : سليمان مرقص - السابق ص١٢٣ وما بعدها ، توفيق فرج - السابق ص٦٨ وما بعدها، جمال زكى - السابق ص٨٠ وما بعدها ، عبدالمنعم البدراوى - السابق ص١١٤ ، أحمد سلامة - السابق ص١١٠ وما بعدها ، حسن كيرة - السابق ص٣٠٤ وما بعدها .

جرت العـادة أن يطلـق علـى هـذا النـوع مـن التشـريع لفـظ (Ioi) بـالمعنى الضيـق لهـذه الكلمـة – كمـا سـبق بيانـه – مثـل قـانون الضرائـب ، وقــانون الإصلاح الزراعــي ، وقـانون المحامـاة ، أي التشـريعات التـى تحكـم وتنظـم مسائل هذه الموضوعات .

٣- **التشريع الفرعي** : وهو الذى تقوم بوضعه السلطة التنفيذيـة لتنظيـم تفـاصيل تطبيـق التشـريع العـادي ، وترتيـب المصـالح العامـة ، وهـو يشـمل اللوائـح والقرارات التى تصدر من الهيئات التنفيذية المختلفة .

وجدير بالذكر أن إطلاق لفظ "تشريع" على هذا النـوع أمـر فيـه تجـاوز إذ الأصل أن وظيفة السلطـة التنفيذيـة تنحصر أساسـا في تطبيق القانون ، وليس لهـا سلطـة وضـع القواعـد التشريعيـة ، ومـن ثـم فمـن الأفضـل فـي رأينـا استبدال مصطلح " التشريع الفرعي" بمصطلح " اللوائح والقرارات التنفيذية " .

٧٤- كيفية سـن التشريع الأساسي (الدستور) وتعديله :

سبق أن ذكرنا مفهوم الدستور والمسائل التى ينظمها ، وبقـى أن نبيـن هنـا أنــواع الدسـاتير ، وكيفيــة صـدور الدسـتور ، وكيفيـة تعديـل أحكامـه كلهــا أو بعضها .

أما عن أنواع الدساتير فإن فقه القانون الدستوري يجمع علـى أن الدسـتور إما أن يصدر **كمنحة من الملك** أو صاحب السلطان في الدولة ، وإمـا أن يصـدر في صورة **عقد بين الحاكم أو صاحب السلطان والشعب** ، وهاتـان الطريقتـان لا تعتبران من الطرق الديمقراطية في وضع الدسـتور ، أمـا الأسـلوب الديمقراطـي في وضع الدستور فهو يأخد إحدى طريقتين : إما أن يتم وضعه بواسطة جمعيـة تأسيسـية منتخبـة مـن الشـعب ، وإمـا أن يتـم سـنه ووضعـه مباشـرة عـن طريـق الاستفتاء العام بعد أن تكون قد أعدت مشـروعه لجنـة خاصـة أو أحـد الأفـراد المعينين من قبل الحكومة .

وقد أخذت مصر بالطريقة الأخيرة في وضع دستورها الحالي ، ولعل أول الدساتير المصرية كان دستور ١٩٢٣م حسب الرأي الراجح في الفقه الدستوري المصري[1] منحه من الملك ، ثم ألغي هذا الدستور وحل محله دستور ١٩٥٦ الذى أعدته الحكومة وطرحته للاستفتاء الشعبي فحصل على موافقة الأمة ، ثم صدر بعد ذلك دستور ١٩٦٤، وكان دستورا مؤقتا صدر بقرار من رئيس الجمهورية للعمل به إلى حين وضع دستور دائم للبلاد ، ثم تم وضع دستور دائم للدولة بطريقة الاستفتاء الشعبي العام في ١١ سبتمبر ١٩٧١م ، وكانت مواد هذا الدستور قد تمت الموافقة عليها قبل طرحه للاستفتاء بواسطة مجلس الأمة ، ومن اللجنة المركزية للاتحاد الاشتراكي العربي . ونحن لا نوافق على طريقة وضع الدستور المصري بالطريقة التى وضع بها ، ونميل إلى الطريقة التى ينبغى الأخذ بها كما يراها البعض [2] وهي ضرورة سن الدستور بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة لهذا الغرض خصيصا حيث ينفسح المجال لتمحيص أحكامه تفصيلا ، وهو ما يستحيل تحققه فى الاستفتاء حيث يجب إما قبول مشروع الدستور المعروض برمته كاملا أو رفضه كاملا مما يؤدى إلى انعدام فرصة الاختيار الصحيحة ، لأن الشعب قد يضطر إلى تفضيل الموافقة على دستور لا يرضى عن بعض أحكامه على رفضه لتجنيب البلاد عواقب رفضه وتركها محكومة لفترة أخرى حكما استثنائيا دون دستور ، هذا فضلا عن عدم معرفية غالبية الشعب المصري بأبسط قواعد نصوص الدستور وأحكامه وآثاره .

أما بالنسبة لكيفية تعديل الدستور : فإن الدساتير تنقسم إلى دساتير مرنة ودساتير جامدة ، والدستور المرن هو الذى يكفى لتعديل أحكامه أو إلغائها صدور قانون أو تشريع عادي صادر عن السلطة التشريعية كما هو الشأن في

---

[1] راجع : مصطفى أبوزيد فهمى – النظام الدستورى للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ص٢٧٨ ، ثروت بدوى – القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر ط ١٩٧١ ص٢٣٦ .

[2] حسن كيرة – المرجع السابق ص٢٣٣ ، سمير تناغو – المرجع السابق ص٣٠٦ .

تعديل أو إلغاء القوانين العادية تماما ، أما الدستور الجامد فهو الذى لا يمكن تعديل أحكامه أو إلغاءها إلا باتباع إجراءات وشروط خاصة كالاستفتاء العام على التعديل المطلوب مثلا ، ويستحسن الفقه جمود الدساتير لأن هذا الجمود يعين على توفير ما يجب للتشريع الأساسي من استقرار وثبات لأحكامه ، والدستور المصري – من الدساتير الجامدة ، فتعديله يتطلب إجراءات وشروط شاقة لإمكان تعديله .

٧٥- سن التشريع العادي :

سبق أن بينا أن التشريع العادي هو الذى تسنه السلطة التشريعية فى الدولة في حدود اختصاصها المبين بالدستور ، والأصل أن سن التشريع العادي تقوم به السلطة التشريعية وإن كانت الدساتير تنص عادة على إشراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية في هذه السلطة ، عن طريق ما تعطيه له من حق اقتراح القوانين أو من حق التصديق والاعتراض على ما تسنه السلطة التشريعية منها .

وقد رسم الدستور المصري الحالي في المواد من ١٠٩- ١١٣ منه إجراءات سن التشريع العادي ويستبين من هذه النصوص أن التشريع يمر بثلاث مراحل قبل أن يصبح قانونا وهذه المراحل هي :

٧٦- المرحلة الأولى : اقتراح التشريع :

ذكرت المادة ١٠٩ من الدستور أن حق اقتراح التشريعات ثابت لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب ، واصطلاح الاقتراح يعنى: إعداد مشروع التشريع وتقديمه إلى مجلس الشعب لإبداء الرأى فيه بالقبول أو الرفض ، فهو مجرد فكرة يراد إدخالها في النظام القانوني ؛ واقتراح التشريع proposition de lois إذا كان من جانب رئيس الدولة أو السلطة التنفيذية بوجه عام يسمى "مشروع بقانون" وتعده في الحقيقة الوزارة المختصة ، ثم يرسله

وزيرها إلى مجلس الدولة لوضعه في صيغة قانونية ثم يعرض على رئيس الجمهورية الذى يتولى تقديمه إلى مجلس الشعب ، وإذا كان اقتراح التشريع من أحد أعضاء مجلس الشعب - أو مجموعة منه - يسمى في فقه القانون الدستوري "اقتراح بقانون" والفرق بين "مشروع القانون" و "الاقتراح بقانون" أن الأول يقدم إلى مجلس الشعب ، ويحال إلى اللجنة البرلمانية المختصة بموضوع القانون المقترح ، فإذا كان مشروع القانون المقترح خاصا بالإسكان مثلا يحال إلى لجنة الإسكان التى تقوم بفحص مشروع القانون المقترح وتعد تقريرا عنه يكون أساس مناقشته في المجلس ، بينما "الاقتراح بقانون" يحال إلى - أولا- لجنة الاقتراحات بمجلس الشعب لتنظر فى صلاحيته فإذا وجدته صالحا أحالته إلى اللجنة المختصة بموضوع القانون المقترح ، والحكمة من هذه التفرقة بين المشروع المقدم من رئيس الجمهورية والمشروع المقدم من أحد أعضاء مجلس الشعب . أن المشروع الأول أعدته الأجهزة الحكومية بلجانها الفنية وخبرائها القانونيين مما يجعله مستوفيا لشكله من الناحية الفنية ، بينما قد لا يتحقق ذلك في المشروع المقدم من أحد أعضاء مجلس الشعب ، وهو الأمر الغالب في مجلس الشعب المصري بتشكيله الحالي .

٧٧- المرحلة الثانية : الموافقة على الاقتراح أو المشروع من مجلس الشعب :

سواء قدم الاقتراح لمجلس الشعب من رئيس الجمهورية أو من أحد أعضاء مجلس الشعب فإنه يعرض على اللجنة المختصة في المجلس بنظره ، وتقدم تقريرا عنه ، ويطرح الاقتراح أو المشروع على المجلس لمناقشته والتصويت عليه مادة مادة ، ولا تتم الموافقة عليه - في غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة - إلا بالأغلبية المطلقة للحاضرين من الأعضاء (أي أكثر من النصف) ، فإذا تساوت الأصوات : أعتبر المشروع مرفوضا (م ١٠٧

من الدستور) وإذا رفض الاقتراح بقانون فلا يجوز تقديمه في نفس دورة الانعقـــاد .

٧٨- المرحلة الثالثة : عدم اعتراض رئيس الجمهورية :

بعد موافقة مجلس الشعب على مشروع القانون : يعرض على رئيس الجمهورية ولا يخلو الأمر هنا من فرضين :

أولهما : أن يوافق رئيس الجمهورية على القانون أو يرفضه ، فإذا وافق عليه أصدره ، والإصدار يعنى أن يصبح الاقتراح قانونا ، أي أن الإصدار هو بمثابة شهادة ميلاد للقانون الجديد ، كما أن الإصدار يتضمن أمرا إلى أعضاء السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون الجديد .

وثانيهما : اعتراض رئيس الجمهورية على المشروع ، ويكون هذا الاعتراض خلال ثلاثين يوما من إبلاغه به فإذا اعترض رئيس الجمهورية على المشروع خلال هذه المدة فإنه يرده إلى المجلس لإعادة مناقشته مرة ثانية وإذا تم الاعتراض والمناقشة على هذا النحو ، فيشترط للموافقة على مشروع القانون من جديد أغلبية أكبر من الأولى هي أغلبية ثلثي أعضاء المجلس (الغائبين والحاضرين) فإذا توافرت هذه الغالبية وجب على رئيس الجمهورية إصدار القانون ولا يملك الاعتراض عليه أو رفضه مرة ثانية[1] .

ويتضح مما سبق أن اعتراض رئيس الجمهورية على المشروع يقف أثره عند مجرد إيقاف القانون الذى أقره مجلس الشعب ، ولا يؤدي حتما إلى رفضه مما حدا بالفقه إلى تكييف اعتراض رئيس الجمهورية على المشروع بأنه -

[1] أنظر فيما سبق : حسن كيرة - السابق ص٢٣٥ ، عبدالمنعم البدراوى - السابق ص١٢٣ ، عبدالمنعم الصده- السابق ص٩٨ ، سمير تناغو- السابق ص٣١١، جمال زكى - السابق ص٨٥، أحمد سلامة - السابق ص١١٩ ، جميل الشرقاوى - السابق ص١٢٨ وما بعدها ، عبدالودود يحي - السابق ص٧٨ وما بعدها .

بحق- مجرد " اعتراض توقيفي" تمارسه السلطة التنفيذية - غالبا- للضغط على السلطة التشريعية مما يحقق التوازن المرغوب بين السلطتين[١] .

وجدير بالذكر أن فوات مدة الثلاثين يوما من تاريخ إبلاغ المجلس لرئيس الجمهورية بالموافقة على مشروع القانون دون اعتراض منه عليه يعني سقوط حق رئيس الجمهورية في الاعتراض ، واعتبر المشروع قانونا يجب عليه إصداره (م ٢/١١٣ من الدستور) .

٧٩- شهر التشريع أو نشره (نفاذه) :

بحسب النظام المعمول به في مصر - طبقا للدستور- فإن نشر التشريع في الجريدة الرسمية إجراء ضروري لجعل التشريع ملزما للمخاطبين بأحكامه، ولا يغني عن النشر أي وسيلة أخرى كالإذاعة أو التليفزيون مثلا رغم أن الوسيلة الأخيرة قد تكون أجدى وأنفع في الإعلام من النشر ، ولابد أن توزع أعداد الجريدة الرسمية توزيعا فعليا في كل أنحاء البلاد [٢] .

كما يجب أن تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من تاريخ إصدارها ، ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها إلا إذا حدد لذلك ميعاد آخر ، والمعنى المقصود بالعبارة الأخيرة أن المشرع - عن طريق النص في التشريع ذاته - قد يحدد نفاذ التشريع بمجرد نشره ، أو يجعل نفاذه بعد مدة أكثر من شهر بعد نشره : إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة .

وأخيرا يراعى أن المقصود بالنشر ، ليس إعلام الناس إعلاما فعليا ، بل اتخاذ ما من شأنه أن يعلمهم حتى لا يتخذ الناس الادعاء بعدم العلم ذريعة للتهرب من أحكامه ، كما أن النشر إجراء ضروري لكافة أنواع التشريع ، أي سواء أكان تشريعا أساسيا ، أم تشريعا عاديا ، أم تشريعا فرعيا .

---

[١] البدراوى - السابق ص١٢٣ ، والصدة - السابق ص٩٨ .

[٢] سمير تناغو- السابق ص٣١٥ ، وانظر نقض ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٨ - مجموعة المكتب الفنى س٩ ص٦٣٩ رقم ٨١ .

٨٠- حالات خاصة لسن التشريع العادي :

الأصل أن السلطة التشريعية هي المختصة بسن التشريعات العادية ، غير أن الدستور المصري خرج على هذا الأصل حينما نص على حالتين يخول فيهما لرئيس الجمهورية (قمة السلطة التنفيذية) سلطة إصدار التشريعات العادية وذلك لاعتبارات خاصة : وهما حالتى تشريع الضرورة وتشريع التفويض .

ونتناول معالجة أحكام هاتين الحالتين بشئ من الإيجاز فيما يلى :

٨١- الحالة الأولى : تشريع الضرورة :

تشريع الضرورة هو قرار بقانون يصدره رئيس الجمهورية في غيبة مجلس الشعب لمواجهة حالة من حالات الضرورة [١] .

ومن المعلوم أن مجلس الشعب لا ينعقد بصفة دائمة ، بل توجد فترات يكون فيها معطلا إما بسبب وقف جلساته ، وإما بسبب حله ، وإما بسبب إجازته السنوية التى تقع ما بين دورين من أدوار الانعقاد[٢] ، فإذا طرأت حالة مستعجلة تحتاج إلى صدور تشريع عادى فورا بحيث لا يحتمل التأخير إلى أن يدعى مجلس الشعب للانعقاد ، كان من الضروري أن يتدخل رئيس الجمهورية لسد هذه الحاجة العاجلة بإصدار التشريع اللازم ريثما يتمكن مجلس الشعب من الاجتماع ومواجهة الحالة بنفسه ، وقد خولت المادة : ١٤٧ من الدستور لرئيس الجمهورية سلطة إصدار تشريعات لها قوة القوانين العادية الصادرة من مجلس الشعب وذلك بالشروط الآتية :

١- أن توجد ضرورة تدعو إلى ذلك ، أي أن يكون هناك أمر أو ضرورة عاجلة يلزم علاجها دون إبطاء ، ولا تحتمل التأخير لحين انعقاد مجلس الشعب ، وتقدير الضرورة ، متروك لرئيس الجمهورية نفسه .

---

[١] سمير تناغو- المرجع السابق ص٣٢٣ .

[٢] أنظر : كادة ١٠١، ١٣٦ من دستور مصر الصادر سنة ١٩٧١ .

٢- أن يكون مجلس الشعب في عطلة ما بين أدوار الانعقاد العادى أو في فترة حله أو وقف جلساته .

٣- أن تعرض هذه القرارات بقوانين فورا على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما (غير منحل) أو فى أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف الجلسات ، فإذا لم تعرض خلال هذه المدة زال كل ما لها من قوة القانون بأثر رجعي بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ الاعتراض ، أي دون أثر رجعي .

وأخيرا يلاحظ أن مجلس الشعب يستطيع أن يلغى هذه القوانين بأثر رجعي أو يعدلها صراحة أو ضمنا على النحو الذى يراه[1] .

٨٢- الحالة الثانية : تفويض رئيس الجمهورية فى التشريع :

تفويض التشريع : هو التشريع الذى يصدره رئيس الجمهورية في موضوعات معينة بتفويض من مجلس الشعب .

فتشريع التفويض- على خلاف تشريع الضرورة - يصدر فى وجود مجلس الشعب ، ولا يستمد مبرراته من وجود حالة ضرورة ، بل من وجود تفويض صريح من مجلس الشعب إلى السلطة التنفيذية بإصدار مثل هذا التشريع، ولذلك فنحن نرى أنه لا يوجد ثمة أساس مقبول لمثل هذا التفويض ؛ فمجلس الشعب يستمد حقه فى التشريع من الدستور ، وهو حق لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه للغير ، ولو جاز مثل هذا التنازل لأدى ذلك إلى أن تصبح القرارات التى يصدرها رئيس الجمهورية مطابقة من حيث طبيعتها للتشريع الذى يصدره مجلس الشعب[2] وهذا غير صحيح كما سنرى قريبا ،

---

[1] أنظر فيما سبق : سليمان مرقص- المرجع السابق ص١٥٦، نزيه المهدي- السابق ص١٣٨ .

[2] سمير تناغو- السابق ص٣٢٦

فضلا عن أن توزيع الاختصاصات بين السلطات الثلاث يعتبر متعلقا بالنظام العام ، فلا يجوز لأى من هذه السلطات أن تتزل من اختصاصها إلى غيرها ولو مؤقتا .

وعلى كل حال فقد خولت المادة ١٠٨ من الدستور حق مجلس الشعب فى تفويض رئيس الجمهورية أن يصدر قرارات لها قوة القانون حين نص على أنه "لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفى الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون" .

وهكذا يستبين من نص هذه المادة – وهو نص محل نظر – أنه قد تعرض ظروف استثنائية ملحة تستوجب أن يفوض مجلس الشعب رئيس الجمهورية في سن القوانين المتعلقة بمسائل معينة مثل القانون رقم ٦ لسنة ١٩٧٢ بتفويض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات بشأن ميزانية الحرب تكون لها قوة القانون .

وبناء على ذلك يجوز التفويض التشريعي لرئيس الجمهورية بالشروط الآتية :

١- أن توجد ظروف استثنائية تبرره كأزمة سياسية أو اقتصادية .

٢- أن يكون التفويض في التشريع في موضوعات محددة كالتعليم أو الصحة أو الضرائب ... الخ ... وأن يبين التفويض الأسس التى تقوم عليها تلك الموضوعات .

٣- أن يؤقت لمدة محدودة .

٤- أن تعرض القوانين الصادرة من رئيس الجمهورية على مجلس الشعب في أول جلسة له بعد انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم يعرض أو عرض التشريع ولم يوافق عليه المجلس زال ما كان له من قوة القانون .

ويراعى أن القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية بناء على هذا التفويض : هي قرارات تشريعية يتعين نشرها في الجريدة الرسمية ، ويعمل بها من تاريخ نشرها ما لم ينص فيها على تعليق نفاذها على مدة معينة ، وأنه يجب ألا تخالف أحكام الدستور ، ويذهب بعض الفقه إلى أن التشريعات الصادرة من رئيس الجمهورية استنادا إلى تفويض مجلس الشعب له فيها ، لها قوة القوانين العادية ، ومن ثم يجوز لها أن تعدل أو تلغى تشريعات سابقة صادرة من مجلس الشعب[1] . وهو أمر خطير يؤدى إلى إلغاء ما يسنه مجلس الشعب من قوانين وهذا هو ما حدا بنا إلى عدم قبول مبدأ تشريع التفويض .

٨٣- سن التشريع الفرعي (اللوائح) :

التشريع الفرعي - كما سبق أن ذكرنا - تشريع فرعي تختص السلطة التنفيذية بوضعه بمقتضى الاختصاص المخول لها في الدستور ، ورغم أن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في وضع التشريعات ، إلا أن الضرورات العملية تقتضى أحيانا منح السلطة التنفيذية هذا الاختصاص المحدود في التشريع إما لأنها أقدر من السلطة التشريعية على القيام به كما في لوائح الضبط والبوليس واللوائح التنفيذية ، وإما لأن طبيعة وظيفتها تقتضى بأن يعهد إليها به كما في اللوائح التنظيمية [2] .

وتسمى التشريعات الصادرة من السلطة التنفيذية باللوائح وهي تنقسم إلى ثلاثة أنواع :

---

[1] أنظر : سمير تناغو - السابق ص٢٢٩ ، سليمان مرقص - السابق ص١٥٤.
[2] أنظر : جمال الدين زكى - المرجع السابق ص٨٥ .

١ – **اللوائح التنفيذية** : .Reglementis d ex ، وسميت بهذا الاسم لأنها تصدر لتنفيذ قانون معين أو تشريعات رئيسية صادرة من السلطة التشريعية ، ذلك أن القانون قد يصدر وبه نقص ، أو فيه إجمال ، أو يحيطه غموض وإبهام، فتأتى هذه اللوائح لتسد هذا النقص ، وتفصل ما فيه من إجمال ، وتفسر ما فيه من غموض وإبهام ، وتبين ما يقتضيه تنفيذ هذه التشريعات الرئيسية أو القانون من إجراءات .

وعلى ضوء هذا التحديد لفرض اللوائح التنفيذية ، لا يجوز للسلطة التنفيذية وهي تسن اللوائح التنفيذية أن تعدل أو تعطل أو تخالف قاعدة من قواعد التشريع لأنها حينئذ تكون قد خرجت عند حدود المهمة التى عهد بها إليها ومن ثم يكون عملها باطلا .

وإصدار اللوائح التنفيذية طبقا للمادة ١٤٤ من الدستور يكون من اختصاص رئيس الجمهورية . ويستطيع الآخر أن يفوض غيره في إصدارها كرئيس الوزراء أو الوزير المختص أو محافظ الإقليم ، والقانون ذاته قد يعين من يملك سلطة إصدار اللوائح أو القرارات اللازمة لتنفيذه كأن ينص على أن التفصيلات تكون بقرار وزاري .

ومن أمثلة اللوائح التنفيذية الصادرة من رئيس الجمهورية تنفيذا للقانون القرار الجمهورى الصادر باللائحة التنفيذية لقانون الجامعات ، والقرار الجمهورى الصادر باللائحة التنفيذية لقانون البنوك والإئتمان .

ومن أمثلة القوانين التى أعطت الوزير المختص سلطة إصدار اللوائح: القانون رقم ١٩٥ لسنة ١٩٥٩ بإصدار قانون هيئة التأمين ، وقد نص في مادته الثامنة على أن لوزير الاقتصاد أن يصدر القرارات واللوائح اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون [1] .

---

[1] أنظر : عبدالمنعم البدراوى – السابق ص١٢٧ ، أحمد سلامة – السابق ص١١٢ ، جمال الدين زكى – السابق ص٨٦.

٢- اللوائح التنظيمية : Reglements d arganisation on ou reglements orgoniques

وهى تشريعات تسنها السلطة التنفيذية لتنظيم وترتيب وتنسيق سير العمل في المرافق العامة والمصالح والإدارات الحكومية ، كإنشاء الوزارات والمصالح والهيئات وتحديد اختصاصاتها وإلغائها أو تعديل تلك الاختصاصات .

ولخطورة هذا النوع من المصالح : فإن الحق في إصدارها مقصور على رئيس الجمهورية طبقا للمادة ١٤٦ من الدستور التى تنص على أن " يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة " ، ولأهمية وخطورة هذا النوع من اللوائح وقصر الحق في إصدارها على رئيس الجمهورية ، توصف بأنها "قائمة بذاتها" لأن السلطة التنفيذية تستقل بوضعها دون أن تستند في ذلك إلى تشريع قائم كما هو الشأن بالنسبة للوائح التنفيذية .

والحكمة من ذلك أن السلطة التنفيذية هي التى تدير المرافق العامة وتهيمن عليها وتشرف على سير العمل فيها ، ومن ثم كانت أقدر من غيرها على تفهم المشاكل ووضع أنسب الحلول لها بما يحقق مصلحة الجماعة في حسن قيام هذه المرافق والإدارات والمصالح الحكومية بما هو موكول إليها من خدمة لأفراد المجتمع[1] .

٣- لوائح الضبط أو لوائح البوليس :

وهي كذلك من اللوائح المستقلة ، أي التى تستند إلى تشريع تقوم بتنفيذه [2] .

---

(١) أنظر : توفيق فرج – السابق ص٧٩ ، نزيه المهدي – السابق ص١٤٠ .

(٢) البدراوى – السابق ص١٢٨ .

وهذا النوع من اللوائح أخطر من اللوائح التنفيذية والتنظيمية على السواء ، لأن لوائح الضبط ، تمس الأفراد في حرياتهم وأموالهم مباشرة : ولأن مضمونها هو ما تصنعه السلطة التنفيذية من قيود تشريعية على الحريات الفردية لحفظ الأمن العام وتوفير السكينة العامة والطمأنينة وحماية الصحة العامة ، ومن الطبيعى أن السلطة التنفيذية لا تستطيع أن تنظم هذه الأمور الثلاثة إلا بالحد من حريات الأفراد وتصرفاتهم والمساس بأموالهم .

ومن أمثلتها : لوائح المرور ، ولوائح المحال المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة ، ولوائح مراقبة الأغذية والباعة الجائلين ، واللوائح الخاصة بمنع انتشار الأوبئة[٣] .

ولخطورة هذا النوع من اللوائح – على ما سبق بيانه – قصر الدستور المصري (م ١٤٥) حق إصدار لوائح الضبط والبوليس على رئيس الجمهورية ولم يخول له الدستور سلطة تفويض غيره في سنها .

وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة الأنواع الثلاثة من اللوائح ، التى لا تصبح ملزمة للأفراد إلا بعد نشرها ، وبديهي أنه لا يلزم إصدارها (أي التصديق عليها من رئيس الجمهورية) لأن السلطة التنفيذية نفسها هي التى تصنعها وتضطلع بتنفيذها شأنها في ذلك شأن القرارات بقوانين تماما ، وذلك خلافا لما ذهب إليه بعض الفقه [٤] . من أن الإصدار إجراءا ضروريا لكل تشريع مهما كان نوعه سواء أكان تشريعا دستوريا ، أم عاديا ، أم فرعيا .

---

[٣] أنظر : سمير تناغو – السابق ص٣٣٦ ، حسن كيرة – السابق ص٢٤٢ .
[٤] جمال زكى – السابق ص٨٧ .

المطلب الثالث

الرقابة القضائية على صحة التشريعات

٨٤- تدرج التشريع ونتائجه :

بينا فيما سبق أن التشريعات لها صور ثلاثة : التشريع الأساسي "الدستور"، التشريع العادي "القانون" ، والتشريع الفرعي "اللائحة" ، ويقصد بتدرج التشريع بيان مراتبه ، وكيف أن تشريعا أدنى لا يستطيع أن يخالف تشريعا أعلى منه في المرتبة ، واستبان لنا فيما سبق أن الدستور أو التشريع الدستورى يأتى في المرتبة العليا ، وفي المرتبة الوسطى يوجد التشريع العادي أو الأصلي (القانون) ، وفي المرتبة الدنيا يوجد اللائحة أو التشريع الفرعي . ويترتب على هذا التدرج في المرتبة تدرج في القوة[1] ، وهذه النتيجة لها أهمية بالغة من الناحية العملية فلا يجوز للتشريع الأدنى مرتبة أن يخالف تشريعا أسمى منه مرتبة ، وبناء على ذلك لا يجوز للائحة أن تخالف القانون العادي أو الدستور ، ولا يجوز للقانون أن يأتى مخالفا للدستور .

وهنا يثور سؤال هام ، ما الحكم فيما لو خالف تشريعا أدنى تشريعا أعلى منه مرتبة وقوة ؟

وإجابة هذا السؤال هو ما اصطلح على تسميته بـ " الرقابة القضائية على صحة التشريعات " .

٨٥- الرقابة على صحة التشريعات من حيث الشكل ومن حيث المضمون :

يشترط لصحة التشريع توافر الشروط الشكلية والموضوعية التى نص عليها القانون .

---

[1] أنظر : جمال الدين زكى - المرجع السابق ص٩١ ، أحمد سلامة - السابق ص١١٤ ، حسن كيرة - السابق ص٢٤٧ ، سمير تناغو - السابق ص٣٣٨.

فمن حيث الشكل : يجب أن يكون التشريع صادرا من السلطة المختصة بسنه ووفقا للإجراءات المرسومة لإخراجه إلى حيز التنفيذ ، وهنا يجب أن تتناول الرقابة إجراءات سن التشريع ، وهل هو صادر من السلطة المختصة بسنه أم لا ؟ وهل استوفى الإجراءات التى نص عليها القانون من حيث الوضع والنفاذ والنشر أم لا ؟ فإذا تبين أن التشريع لم يصدر من السلطة المختصة بإصداره ، أو لم يستوفى الإجراءات الواجب اتباعها فى هذا الإصدار : أعتبر التشريع غير مستوف للشكل المطلوب ، وحق للمحاكم أن تمتنع عن تطبيقه ، وهذا أمر مجمع عليه من قبل الفقه [1] .

ومن حيث الموضوع : يجب ألا يأتى التشريع مخالفا لتشريع يعلوه في المرتبة – على ما سبق بيانه في البند السابق – فلو وقعت هذه المخالفة – بيقين– فهل يملك القضاء الحكم بعدم صحة التشريع ، أو على الأقل : هل يحق له الامتناع عن تطبيق التشريع المخالف ؟

هذه هي المشكلة المعروفة بشرعية اللوائح ودستورية القوانين أي أن الرقابة القضائية على صحة التشريعات تتنوع إلى نوعين :

١– الرقابة على شرعية اللوائح .

٢– الرقابة على دستورية القوانين .

٨٦– الرقابة على شرعية اللوائح :

لا خلاف في الفقه والقضاء المصري[2] الثابت على حق المحاكم في الرقابة على شرعية اللوائح ، والتأكد من مطابقتها لقواعد وأحكام التشريع العادي

---

(1) أنظر : عبدالمنعم البدراوى – السابق ص١٢٩ ، حسن كيرة – السابق – ص٢٤٨ ، جمال زكى – السابق ص٩١.

(2) سليمان مرقص– السابق ص١٥٩–١٦١ ، حسن كيرة – السابق ص٢٤٨ ، عبدالمنعم الصدة – السابق بند ٧٤ ، والبدراوى – السابق ص١٣٠ ، منصور مصطفى منصور– السابق بند ٥٣ ، عبدالودود يحي – السابق ص٩٠ ، جميل الشرقاوى – السابق ص١٢٠، أحمد سلامة – السابق ص١١٥ ، نعمان جمعة – السابق ص١٢٠ .

والتشريع الأساسي على السواء ، ومن ثم فالمحاكم تملك التحقق من شرعيـة أو قانونيـة اللوائح بـالتثبت مـن عـدم مخالفتها لأحكـام القوانيـن أو الدسـتور ، فـإذا وجدت المحاكم في اللائحة ما يخالف نصوص القوانين أو قواعد الدستور : حـق لهـا أن تمتنـع عـن تطبيـق اللائحـة مـن تلقـاء نفسـها ، ودون أن يتمسـك ببطـلان اللائحة أحد من الخصوم لأن عيب عـدم مشـروعية اللائحـة أو عـدم دسـتوريتها يعتبر متعلقا بالنظام العام [1] أي أن القضاء العادي تقتصر سلطته في هذا الصـدد على مجرد الامتناع عن تطبيـق اللوائـح المخالفـة للدسـتور أو القـانون ، دون أن تملك الحكم بإلغاء هذه اللوائح وذلك مراعاة لمبدأ الفصل بين السلطات .

أمـا المحـاكم الإداريـة (القضـاء الإداري) فتملـك إلغـاء اللوائـح المخالفـة للدستور أو القانون ، فضلا عن حقها – بطبيعة الحال– في الامتناع عـن تطبيـق هذا النوع من اللوائح من باب أولى ، كما تملك المحـاكم الإداريـة إلغـاء الأوامـر الإدارية الفردية (المادة ٨ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ بشـأن تنظيـم مجلـس الدولة) .

ويجوز رفع الدعـوى (إلغـاء اللائحـة أو الطعـن فيهـا بعـدم الشـرعية) إمـا بـالطريق المباشـر ، أي بدعـوى مسـتقلة يطلـب فيهـا إلغـاء اللائحـة المذكـورة ويشترط هنا أن يتم رفع دعوى الإلغاء في الميعاد المحـدد لرفـع دعـاوى الإلغـاء وهو ستون يوما من تاريخ نشر اللائحة ، وإما بالطريق غير المباشـر ، أي فـي ضمن دعوى إلغاء أمر أو قرار إداري فردي صادر بناء علـى اللائحـة المخالفـة للقانون أو الدستور ، ويطلب المتضرر عدم الاعتداد بهذه اللائحة ، ولا يتقيد فـي هذا الطلب الأخير بالميعاد المحدد لطلبات الإلغاء [2] .

---

[1] أنظر : د/ زهير جرانه – العمل الإداري ورقابة المحاكم المصرية عليه – رسالة دكتـوراه سنة ١٩٣٥ ص٢٢٣– ٢٢٤ .

[2] أنظر : د/ سليمان مرقص– المرجع السابق ص١٦٠ ، نزيـه المهدي– السـابق ص١٤٧ ، وانظر : حكم محكمة القضاء الإداري فى ١٩٥٢/٢/٥– المحاماة – س٣٣ ع٧ ص١٠٥٩ رقم ٤٦٢.

٨٧- الرقابة القضائية على دستورية القوانين :

سبق أن بينا أن مخالفة القانون العادي للدستور من حيث الشكل : أمر يحق للقضاء بمقتضاه الامتناع عن تطبيق القانون ، لأن مثل هذا القانون لا يعتد به ولا يعتبر له وجود قانوني صحيح ، أو له وجود قانوني ولكنه غير واجب التطبيق لعدم صيرورته نافذا .

أما مخالفة القانون العادى لقواعد الدستور من حيث الموضوع ، فهذا هو ما ثار بشأنه الخلاف الحاد في الفقه والقضاء ، ومعنى مخالفة القانون العادي للدستور من حيث الموضوع ، أن يكون التشريع قد صدر مستوفيا جميع الإجراءات الشكلية ولكنه يتعارض من حيث الموضوع مع حكم نص عليه الدستور، فهل يجوز للمحاكم أن تمتنع عن تطبيق القانون إذا استوفى الأوضاع الشكلية الواجب توافرها فيه ولكنه خالف الأحكام المقررة في الدستور بأن أخل بمبدأ المساواة ، أو عبث بالحريات المقررة للأفراد والتى كفلها الدستور بمقتضى نصوصه ؟ .

إجابة هذا السؤال هو ما يعرف في فقه القانون بمشكلة " دستورية القوانين " .

وللإجابة على هذا السؤال فإن الأمر يختلف بحسب ما إذا كان الدستور مرنا أو جامدا ، وفى البلاد ذات الدساتير المرنة وهي التى يمكن تعديلها بتشريع عادي : يعتبر صدور قانون عادى مخالف لقواعد الدستور بمثابة تعديل للأخير[١] متى كان القانون قد صدر مستوفيا أوضاعه الشكلية المقررة ، أما البلاد ذات الدساتير الجامدة - ومنها مصر فإن حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين من حيث الموضوع أمر مختلف عليه في دساتير الدول وأراء الفقهاء وأحكام المحاكم وهذا الخلاف يجمعه اتجاهين :

---

[١] البدراوى - السابق ص١٣١، توفيق فرج - السابق ص٧٢ ، أحمد سلامة - السابق ص١١٥ ، حسن كيرة - السابق ص٢٤٨.

الاتجـاه الأول :

يذهب إلى إنكار حق المحـاكم فـي النظـر فـي دسـتورية القوانيـن ، وذلـك استنادا إلى مبدأ الفصـل بيـن السـلطات ، فالسـلطة التشـريعية تختص بحـق سـن التشريع ، ويقتصر دور السلطة القضائيـة علـى مجـرد تطبيـق مـا تسنه السـلطة التشريعية من قوانين تطبيقا صحيحا ، وامتناع القضاء عن تطبيق القانون بادعاء عدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه : يعد خروجا مـن السـلطة القضائيـة عـن اختصـاصها ، بل ويعد افتياتا على اختصـاص السـلطة التشـريعية بـالتعقيب علـى تصرفاتها والتوصل إلى إهدارها ، مما يجعل للسلطة القضائية هيمنة ورقابة على أعمال السلطة التشريعية وهو ما يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطتين "هوريـو وديجى" وهذا الاتجاه هو الاتجاه السائد فى القضاء الفرنسي رغم أن جانبا كبـيرا من الفقه الفرنسي لا يوافق على ذلك وينتصر لحق المحاكم فـي رقابـة دسـتورية للقوانين(١) خاصة أمام غلو المشرع الوضعي الفرنسـي فـي هـذا الشـأن كمـا هـو الحال فى النص الوارد فى المادة ١٢٧ من قانون العقوبات الفرنسي الذى يقضى بمعاقبـة القضـاة إن هـم تدخلـوا فـي أعمـال السـلطة التشـريعية سـواء أكـان ذلـك بتعطيل القوانين ووقفها أم كان بالمداولة في أمر نفاذها أو عدمه .

الاتجاه الثانى :

ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى ضرورة الاعتراف للمحاكم بحق النظر فـي دستورية القوانين ، ويـرى هـذا الاتجـاه أنـه لا يوجـد فـي ذلـك أي مسـاس بمبـدأ الفصل بين السلطات ، وذلك استناداً إلى أن رقابة دستورية القوانين إنما هي مـن طبيعة عمل القضاء الذى يقوم على تطبيـق القـانون بمعنـاه العـام ، أي كمجمـوع القواعد القانونية السائدة في الدولة فالقضاء ملتزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكـام التشريع العادي على السواء ، وحين يستحيل تطبيقهـا معـا لتعـارض أحكامهمـا ،

---

(١) أنظر فى هذا الاتجاه : : د/ حسن كيرة – السـابق ص٢٥٠ ، سليمان مرقـص – السـابق ص١٦٢ ، توفيق فرج – السابق ص٧٠ ، جمال زكى – السابق ص٧٣ .

فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور دون إحكام القانون إعمالا لقاعدة تدرج التشريع ، وما يمنحه منطقها من سيادة التشريع الأعلى مرتبة على التشريع الأدنى منه في المرتبة ، وإعمالا لمبدأ سمو الدستور باعتباره القانون الأساسي في الدولة والمستمد من مبادئ القانون الطبيعي والمعبر عن فكرة العقد الاجتماعي . وهذا ليس فيه أي إخلال لمبدأ الفصل بين السلطات ، لأنه إذا كانت السلطات مستقلة فى اختصاصاتها ، فإن هذا القول يستوجب القول بألا تتمكن السلطة من إجبار سلطة أخرى على القيام بعمل معين ، فإذا منعنا القضاء من رقابة دستورية القوانين : فإن هذا المنع يفيد أن السلطة التشريعية تجبر السلطة القضائية على تطبيق قوانين تخالف الدستور ، ومن ثم كان هناك تدخلا وتداخلا- بشكل ما بين السلطات واختصاصاتها وقد أخذت بهذا الاتجاه دول عديدة أهمها الولايات المتحدة الأمريكية بل أن قضاتها غالوا في استعمال سلطتهم حتى استحق نظام الحكم في تلك البلاد أن يوصف بأنه "حكومة القضاة " .

كما أخذ بهذا الاتجاه بلاد أخرى كثيرة كاستراليا وكندا ، والبرتغال ، ورومانيا ؛ وفي مصر : أيد جمهور الفقه[١] المصري بحق هذا الاتجاه ، ونادوا به ، أما القضاء فقد تردد كثيرا في الأخذ بأي من الاتجاهين السابقين إلى أن أنشئ مجلس الدولة في سنة ١٩٤٦م واستقرت محكمة القضاء الإداري في الأخذ بالاتجاه الثانى الذى نادى به معظم الشراح- وامتنعت عن تطبيق القانون المخالف للدستور؛ وقررت أنه يجب على المحاكم عند مخالفة القانون العادى للدستور أن " تطرح القانون العادى وتهمله وتغلب عليه الدستور وتطبيقه بحسبانه القانون الأعلى الأجدر بالاتباع "[٢] وهو قضاء صحيح تماما خاصة إذا

---

[١] أنظر : سليمان مرقص- السابق ص١٦٢ وما بعدها ، توفيق فرج - ص٧٢ ، أحمد سلامة ص١١٦ ، البدراوى - السابق ص١٣١ ، حسن كيرة - السابق ص٢٥٠ ، سمير تناغو - السابق ص٢٤٣ وما بعدها ، جميل الدين محمود زكى - المرجع السابق ص٩٥ ، نعمان جمعة - السابق ص١٧٠ ، نزيه المهدى - السابق ص١٤٦ .

[٢] أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٤٨/٢/١٠- السنة الثانية ص٣١٥ .

علمنا كيف يصــدر مجلس الشعب المصري قوانين عديدة بسرعة قد تجعلها مخالفة لقواعد الدستور في كثير من الحالات .

ويتبين من ذلك أن سلطة القضاء الإداري مقصـورة على مجرد الامتناع عن تطبيق القانـون المخالف للدستور ولا تتعـداه إلـى إلغائـه ، وهذا مـا يتضح من عبارات أحد الأحكام الشهيرة لمحكمة القضاء الإدارى الذى قررت فيه أنـه " إذا تعارض قانون عادى مع الدسـتور في منازعة من المنازعات التى تطرح على المحـاكم ، فقامت بذلك لديها صعوبة مثارها أي القانونين هـو الأجدر بالتطبيق وجب عليهـا بحكم وظيفتها ... أن تتصدى لبحث هذه الصعوبة وأن تفصل فيها على مقتضى أصول هذه الوظيفة وفى حدودها الدستورية المرسومة لها ، ولا ريب فى أنه يتعين عليها عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادى وتهمله وتغلب عليـه الدستور وتطبيقه بحسبانه القانون الأعلى الأجدر بالاتباع[1] .

كما أقرت هذا المنحى المحكمة الإدارية العليا وأوضحت أنه لا يشترط فى اعتبار قانون ما غير دسـتورى أن يكون هـذا القـانون قد خـالف نصـا دسـتوريا قائما، بل يكفى أن يكون قد خرج على روح الدسـتور ومقتضـاه[2] .وقد حسم المشرع الوضعى المصرى هذا الخلاف- فـى الفقه والقضـاء - بأخذه صراحة بنظام رقابة القضاء على دستورية القوانين ، وذلك بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء " المحكمة العليـا " .

---

(١) محكمة القضاء الإدارى - مجموعة أحكام مجلس الدولة - صادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ السنة الثانية - رقم ٥٥ ص٣١٥ ، وانظر : حكما آخر فى هذا المعنى صادر بتاريخ ١٨ ابريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام مجلس الدولة -٤- ٥٩٤- ٨٢ ، وحكما آخر بتاريخ ٣٠ يونية سنة ٥٢ - المحاماة -٣٤-٦٨- ٥٣.

(٢) المحكمة الإدارية العليا - ٢٩ يونية ١٩٥٧ - مجموعة أحكام مجلس الدولة ٢- ١٩٣٥- ١٣٧ ، حكم آخر فى نفس المعنى صادر فى ١٢ يوليو - مجموعة المحكمة المذكورة - ٣-١٦٩١-١٣٧ .

وأعطيت دون غيرها سلطة الفصل في دستورية القوانين (م٤ من قانون إنشاء المحكمة المذكورة) . هذا وقد نصت المادة ١٧٥ من دستور ١٩٧١ على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية على الوجه المبين في القانون .

وتنفيذا لما أورد الدستور: صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ خاصا بإنشاء " المحكمة الدستورية العليا " وجاء به أن هذه المحكمة هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها تتولى دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، وبذلك حلت هذه المحكمة محل المحكمة العليا واختصت المحكمة الدستورية دون غيرها بسلطة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح وتفسير النصوص التشريعية .

وتتسم رقابة المحكمة على دستورية القوانين واللوائح إما عن طريق طلب من المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى ، وإما عن طريق الأفراد الذين يتمسكون بعدم الدستورية ، فإذا تراءى لإحدى الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ، وكان هذا لازما للفصل فى النزاع ، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق - بغير رسوم- إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية ، وإذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام أحد المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ، فإذا رأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي ، أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لرفع دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا : لا يتجاوز ثلاثة شهور يطلب فيه الحكم بعدم دستورية القانون أو اللائحة ، فإذا لم يرفع المدعى الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن ، وفى جميع الحالات يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا ، أو صحيفة

الدعوى المرفوعة إليها بيان النص القانوني المطعون بعدم دستوريته ، والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة [1] .

كما يلاحظ أن أحكام المحكمة الدستورية العليا وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن .

[1] أنظر : د/ توفيق فرج – السابق ص٧٣.

المطلب الرابع
التقنيــن (تجميع القانــون)
CODIFICATION

٨٨- تعريف التقنيــــن :

التقنين هو : جمع القواعد القانونية الخاصة بفرع من فروع القانون فـى كتاب واحد (code) بعد أن تبـوب وتنسـق وترتـب وترقـم وتوضـع فـى كتـاب واحد بواسطة المشرع نفسه بعد رفع ما قد يكون بينهـا مـن تضـارب . ومثالـه التقنين المدني ، والتقنين التجاري ، وتقنين المرافعات ، فهو إذا لا يختلـف عـن أي تشريع عادى إلا من حيث سعة نطاقه ، ومن ثم فهو يجمع مزايا التشريع ، فوق أنه تجميع رسمي يستلزم أن يكون صادرا من السلطة التشريعية المختصة بإصدار التشريعات في الدولة ، ومن ثم لا يعتبر تقنينا أي تجميـع غـير رسـمي للقواعد القانونيـة يقوم به فقيه قـانونى ، أو كـاتب ، أو هيئـة علميـة[١] ، فضـلا عن أنه يجمع كل طائفة واحـدة مـن القواعـد الخاصـة بفـرع معيـن مـن فـروع القانون ، ولذلك يطلق على التقنين لفظ " مجموعة " فيقال " المجموعة المدنيـة" و "المجموعـة التجاريـة " وهكـذا ... ، ونعنـى بذلـك التقنيـن المدنـي والتقنيـن التجاري .

ويراعى أن التقنين لا يستلزم تجميع كل القواعد القانونيـة المتعلقـة بفـرع مـن الفـروع ، وإنمـــا يجمـع أغلبهـا فقـط ، ثـم ينظـم المشـرع الوضعـي سـائر المسائل المكملة لهذا الفرع في تشريعات خاصـــة ، ومثـال ذلـك التقنيـن المدنـي المصري الذى يعــالج مسـائل العقـود والمعـاملات الخاصـة بيـن الأفـراد ولكنـه

---

(١) عبدالمنعم الصدة- السابق ص١١٤ ، جميـل الشـرقاوى - السـابق ص١٢٣ ، توفيـق فرج - السابق ص٨٣ ، نزيه المهدى - السابق ص١٥١.

تكمله بعض التشريعات الخاصة مثل قانون الشهر العقاري ، وقانون إيجار الأماكن[١] .

٨٩- التطور التاريخي لحركة التقنين وخاصة في مصر :

بازدياد حركة التشريع تحت تأثير النزعات الاشتراكية ، تضخم عدد التشريعات المختلفة في كل دولة ، وأصبح من الصعب مراعاة التنسيق بينها ، كما اقتضى الأمر أن يراجع المشرع الوضعي في معظم الدول مجموعة القواعد القانونية المعمول بها وأن يقننها بعد تصنيفها وتعديلها بما يراه لازما - في تشريع واحد أو في عدد من التشريعات يختص كل منها بفرع من فروع القانون ويسمى ذلك تقنينا .

ولعل الرومان هم أول من لجأوا إلى التقنين ، ونلمح ذلك في قانون الألواح الإثنى عشر ، كما عمد الامبراطور جوستنيان إلى تجميع قانون عصره في مجموعته المعروفة باسمه .

كما أصدرت فرنسا عدة تقنينات في عهد الملكية المطلقة ومنها انطلقت إلى معظم دول العالم ، ولكن حركة التقنين الحديثة انبعثت فيها عقب الثورة الفرنسية وعلى وجه التحديد كان أول تقنين فرنسي هو التقنين المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤م (قانون نابليون) ، ثم صدر التقنين التجاري والبحري والمرافعات والعقوبات وتحقيق الجنايات عام ١٨١٠م ، ثم صدر التقنين المدني النمسوي عام ١٨١١م ، ثم صدر التقنين المدني الإيطالي القديم عام ١٨٦٨م ، ثم استمر ظهور التقنينات في تطور متلاحق في معظم دول العالم وخاصة دول أوروبا ، وحتى في ألمانيا صدر التقنين المدني الألماني عام ١٨٩٦ ، وعمل به ابتداء من أول يناير عام ١٩٠٠م وذلك رغم معارضة المدرسة التاريخية بقيادة الفقيه " سافيني " .

---

[١] عبدالودود يحي - المرجع السابق ص٩٦ ، نزيه المهدي- السابق ص١٥١ .

وفـى مصـر : ظهـرت أول محاولـة للتقنين عـام ١٨٧٥ بمناسـبة إنشـاء المحاكم المختلطة حيث وضعت مجموعة من التقنينات المصرية فى فروع القانون المختلفة لكى تطبقها تلك المحاكم ، وقد نقلت هذه التقنينات عن التقنينات الفرنسية المقابلة لها نقلا مختصرا مشوها في كثير من الحالات . وكان أهم هذه التقنينات ، التقنين المدنى وتقنين المرافعات ، وتقنين العقوبات ، وتقنين التجارة البرية والتجارة البحرية ، وكان ذلك بواسطة المحامى الفرنسى الشهير "مونرى" .

وحينما نشأت المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣م ، وضعت لها تقنينات أخرى منقولة حرفيا تقريبا عن التقنينات المختلطة [١] .

وبسبب ما أظهره العمل بهذه التقنينات من عيوب ، وبسبب تطور الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، وتبيان عدم ملائمتها لهذه التطورات : روجعت هذه التقنينات عدة مرات (١٩٠٤م قانون تحقيق الجنايات مثلا - ثم روجع هذا القانون ذاته مرة أخرى عام ١٩٣٧م) .

وقد كان من آثار هذه المراجعة أن صدر التقنين المدنى الجديد بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م والذى بدأ العمل به من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩م - تاريخ إلغاء المحاكم المختلطة - ولا زال ساريا حتى الآن ، ثم صدر تقنين المرافعات بالقانون ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ، ثم عدل هذا التقنين وصدر تقنين المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، ثم صدر تقنين الإجراءات الجنائية بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ ، وهو القانون المعمول به فى مصر حاليا مع مراعاة ما طرأ عليه من تعديلات فى كثير من أحكامه بقوانين لاحقة . أما تقنين التجارة البرية والتجارة البحرية فلم تتم مراجعته حتى الآن .

[١] أنظر د/ توفيق فرج - المرجع السابق ص٨٦.

كما يلاحظ أنه تجرى الآن فى مصر إرهاصات كثيرة بضرورة مراجعة التقنينات القائمة مراجعة شاملة لتلائم التطورات الاجتماعية والاقتصادية الحديثة ، ونأمل أن تكون هذه المراجعة تهدف إلى غاية نبيلة طالما راودت نفوس أغلبية الشعب المصري ونادى بها قبلنا جمع من أفاضل الفقهاء ، هذه الغاية هي إحلال أحكام الفقه الإسلامي محل تلك التقنينات الوضعية المستمدة من تقنينات دول تختلف عنا في دينها وقيمها ومبادئها وظروفها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية .

٩٠ – مزايا التقنيــن :

التقنين كقاعدة عامة يتمتع بكل مزايا التشريع السابق بيانها فى حينه – وفوق ذلك فهو يتميز بمميزات خاصة تخلص فيما يلى[١] :

١- ييسر على الباحث الوقوف على حكم القانون في المسائل التى يتضمنها التقنين سواء كان هذا الباحث فقيها أم قاضيا ، أم متقاضيا أم أي شخص آخر يشتغل بالقانون وتنفيذه .

٢- يتميز التقنين بإتقانه وحسن صياغته بما يضمن له مواكبة التطور الاجتماعي والاقتصادي .

٣- يسمح التقنين بوضع وتبويب كل قاعدة في مكانها الصحيح من حيث طبيعتها القانونية لأن التقنين يكون مبوبا ومرتبا على أسس موضوعية تستند إلى تقسيمات كل فرع من فروع القانون فى أسلوب واضح وموجز .

٤- يتميز التقنين بأن احتمال وقوع التناقض بين القواعد القانونية التى يتضمنها أمر ضئيل للغاية لأن وجود هذه القواعد مع بعضها ووضعها

---

[١] أنظر فى ذلك : د/ توفيق فرج – السابق ص٨٤ ، ٨٥ ، د/ عبدالمنعم الصدة – السابق رقم ٢٩ ، د/ عبدالودود يحي – السابق ص٩٦ ، د/ منصور مصطفى منصور – السابق ص٥٦ ، د/ نعمان جمعة – السابق ص١٨٣ ، د/ نزيه المهدى– السبق ص١٥٢ .

بواسطة فقهاء متخصصين لهم مكانتهم وقدرهم العلمي الكبير يؤدى إلى المقارنة والمراجعة والتوفيق بين هذه القواعد .

٥- التقنين يسهل وظيفة القانون المقارن ويتخذ فى كثير من الأحيان وسيلة للاقتباس حيث يكون هذا الاقتباس سهلا من القوانين المجموعة فى تقنينات مثل التقنين المدنى المصري والتقنين الفرنسي ، والتقنين الألماني ... الخ .

٩١- عيوب التقنين والرد عليها :

هوجمت فكرة التقنين بكثير من الانتقادات كان أهمها :

١- جمع أحكام القانون في تقنينات رسمية يؤدى إلى جمود القانون وقعوده عن مسايرة التطور في الجماعة . خاصة إذا علمنا أن القانون كائن اجتماعي متطور، يتطور في نشوءه وتطوره بالظروف الاجتماعية والاقتصادية .

لكن يمكن الرد على هذا النقد بنفس الأساس الذى قام عليه ، إذ أنه استند إلى فكرة خاطئة هى أن القانون يتكون آليا في ضمير الجماعة ، فأين دور الإرادة الإنسانية البصيرة الواعية في تكوين القانون ؟ كما أنه من مردود القول أن عملية التقنين تضفى على نصوص القانون مهابة وقدسية تجعلها بمنأى عن التغيير والتعديل ، لأن المشرع الوضعي يبقى له دائما حق موالاة التقنين بالمراجعة والتعديل كلما اقتضت الظروف ذلك ، أو كلما تخلفت نصوصه عن الوفاء بما يستجد من حاجات الجماعة ، فضلا عن أن الغالب فى التقنين هو الاقتصار على الكليات والمبادئ العامة دون الخوض فى التفصيلات والجزئيات ، ومن ثم تعتبر نصوصه في يد القضاء طيعة مرنة يتوصل - بما له من حرية التفسير -

إلى ملائمتها وتكييفها وفقا لما يستجد من ظروف عملية في حياة الجماعة .

٢- تعديل التقنين لا يتم بالسهولة التى يتم بها تعديل التشريع العادى ، نظرا للجهد والمشقة التى بذلت في وضعه والتى تدعو إلى التأمل والتروى فيه.

ويمكن الرد على هذا النقد بأن صعوبة هذا التعديل لا تكون إلا فى السنوات الأولى من وضع التقنين . أما بعد مضي مدة معقولة من التطبيق العملى له فإن القضاة والفقهاء يبادرون إلى التوسع في تفسير النصوص بما يتلائم مع الظروف الجديدة المتطورة فى المجتمع [١] وغالبا ما يستجيب المشرع لآراء الفقه والقضاء فيسارع إلى تغيير أو تعديل ما ينبغى تعديله أو تغييره .

---

[١] أنظر : توفيق فرج – السابق ص٨٥ ، حسن كيره – السابق ص٢٦٠ ، عبدالمنعم الصدة– ص١١٨ ، عبدالودود يحي – السابق ص٩٩ ، نعمان جمعه – السابق ص١٨٥، نزيه المهدى – السابق ص١٥٣ .

المطلب الخامس
عدم جواز الاحتجاج بالجهل بالقانون

٩٢- الأساس الذى يستند إليه مبدأ عدم جواز الاعتداد بجهل القانون :

إذا أصبح القانون واجب التطبيق- وهو يكون كذلك بإصداره ونشره في الجريدة الرسمية ويصبح نافذا بعد مضي شهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية ما لم يحدد القانون مدة أقل أو اكثر من ذلك لدواعى خاصة - افترض علم الكافة به ووجب عليهم الالتزام بأحكامه حتى ولو ثبت أنهم لم يعلموا به بالفعل ،ولا يستطيع أحد ان يتخلص من احكامه وتطبيقه بحجه أنه لا يعلمه،وهذا هو ما اصطلح على تسميته بمبدأ "عدم الاعتذار بجهل القانون ". وأصبح هذا المبدأ من القواعد المسلمة في فقه القانون الوضعي:
unl m est conse ignorerl qloi

مبررات تطبيق المبدأ :-

يرى الفقه [1] ان مبررات هذا المبدأ : أنه لما كان من المستحيل ان يحاط كل فرد علما بوجود القانون فإن المصلحة العامة تقضى ان يوضع مثل هذا المبدأ موضع التنفيذ حتى لا يوجه الخطاب إلى بعض الأفراض دون البعض الآخر وإلا عمت الفوضى وساد الإضطراب ،وتزعزعت الثقة فى المعاملات وثارت المنازعات حول مدى علم الناس أو جهلهم بالقانون، وبغير

---

(١) انظر : توفيق فرج -السابق صـ١١٩ ،عبد الناصر العطار -السابق صـ١٨٩،والبدراوى -السابق صـ١٣٢ ،وسليمان مرقص -السابق صـ١٥٠ وما بعدها،نعمان جمعة -السابق صـ٢٢٧ -٢٢٩ ،نزيه المهدى -السابق صـ١٤٤ -١٤٦،عبد المنعم الصدة -السابق صـ١٩٤،محمد على عمران -السابق -صـ١١٠ .

تطبيق هذا المبدأ سيدعى معظم الناس– وخاصة ما كان منهم متهما أو مدينا – جهلهم بالقانون ومن ثم امتنع تطبيق القانون عليهم ، فيصبح وضع القانون بذلك ضربا من العبث وهذا لا يجوز لأن القانون سيقصر عن آداء وظيفته وهى حفظ النظام وحفظ حقوق الجماعة ، ومن ثم لا يمكن استبعاد تطبيق احكام القانون بحجه الجهل به حتى لو قام الدليل على توافر هذا الجهل، كما لو اعتذر سائح اجنبى عن عدم المامه بلغة البلد وجهله بقانونها أو بجهله القراءة والكتابة، أو اعتذر غائب عن الوطن حضر اليه بجهله القوانين التى صدرت فى فتره غيابه ،ولا يعتد ابدا بهذه الأعذار ،خاصة مع تقدم العلم ووسائل المواصلات والاعلام ،إذ أن هذا التقدم يجعل الناس –من الناحية العملية – يعلمون باحكام القانون عن طريق الإذاعة ،أو التلفزيون ، أو الصحف أو غيرها من وسائل الإعلام .

٩٣–نطاق تطبيق المبدأ :

١– مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون مبدأ عام يسرى على جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها ،أى أنه مبدأ يسرى على قواعد واحكام الدستور ،والتشريع العادى ،والتشريع الفرعى ،والقواعد القانونية التى يكون مصدرها العرف أو مبادىء الشريعة الاسلامية ،أو مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

٢– هذا المبدأ عام بالنسبة للاشخاص ،فهو موجه إلى القاضى وإلى كل أفراد المجتمع ،فالقاضى يفترض فيه العلم بالقانون حتى ولو كان يجهله فعليا، لأنه يلتزم بتطبيق القانون من تلقاء نفسه ،وعليه أن يتحرى عنه ويعمل حكمه بنفسه دون حاجه إلى طلب بذلك من أحد الخصوم ،ودون ان يكون ثمة التزام على الخصوم بارشاده إلى نص القانون واجب التطبيق ، فمفروض "أن المحكمة تعرف القانون" .

٣- نطاق تطبيق هذا المبدأ عام يسرى على جميع القواعد القانونية سواء كانت من قواعد القانون العام أو الخاص ، وسواء كانت من القواعد الآمرة أو القواعد المكملة[١] خلافا لما ذهب إليه البعض[٢] من أنه لا يؤخذ بهذا المبدأ بالنسبة للقواعد المقررة ، بمعنى أنه لا يجوز للأفراد أن يحتجوا بجهلهم القانون وعدم معرفتهم إياه وبذلك يتسنى لهم عدم انطباقه عليهم .

ونحن نرى أن ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول هي الرأى الأولى بالقبول لأن القاعدة المكملة لا يتوقف نفاذها على إرادة المخاطب بها ، بل أن نفاذها يشترط له عدم الاتفاق على مخالفة حكمها ، فالشرط هنا شرط سلبي ، أي شرط عدم وجود الإرادة المخالفة ، فيستوى علم المخاطب اليقيني أم عدم علمه ، أما لو كان الشرط هو الإرادة الإيجابية للقاعدة لصح زعم هذا الفريق من ضرورة العلم اليقينى بمضمون القاعدة[٣] .

٩٤- الاستثناء الوارد على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون:

الواقع أن هذا المبدأ يرد عليه استثناء واحد حيث يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون وطلب عدم تطبيقه ، وهو حالة القوة القاهرة العامة التى يقوم بها اليقين بعدم العلم بالقاعدة القانونية ، كما إذا عزل بعض الناس المقيمين فى إقليم - أو أقاليم - معين عن باقى إقليم الدولة بسبب غزو خارجى أو فيضان ، أو زلزال، أو فتنة داخلية أو لانقطاع المواصلات عن هؤلاء الناس بسبب ما ، فهؤلاء الناس لا يفترض فيهم العلم بالقانون الذى يصدر بعد هذه الأحداث ، إذ لم يكن لديهم فرصة احتمال العلم بالقانون لعدم إمكان وصول الجريدة الرسمية إليهم ،

---

[١] البدراوى - السابق ص١٣٣ ، توفيق فرج - السابق ص١٢١ ، عبدالمنعم الصدة - السابق ص١٩٤ ، نعمان جمعة ص٢٢٩ .

[٢] السنهورى ، حشمت أبو ستيت - السابق ص١٧٨ ، سليمان مرقص - السابق ص١٥٢، محمد على عرفه - مبادئ العلوم القانونية ط١٩٦١ ص٧٦.

[٣] نعمان جمعة - المرجع السابق ص٢٢٩ .

وواضح أن هذا الاستثناء لا يطبق إلا بالنسبة للقواعد القانونية التى يكون مصدرها التشريع كما أنه مقيد بالظروف التى تدعو إليه ، فإذا زالت تلك الظروف زال الاستثناء وطبق المبدأ[١] .

٩٥- الفرق بين الجهل بالقانون والغلط فى القانون :

يجب التمييز بين الجهل بالقانون وبين الغلط فيه حتى لا يغم الأمر ويختلط على القارئ مفهوم كل منهما إذ أن هناك اختلافا بينا بينهما ، فالجهل بالقانون يعنى عدم العلم بصدوره أو عدم العلم بأحكامه ، أما الغلط فى القانون فيعنى أن يتوهم الشخص وجود حكم معين فى القانون أو عدم وجود حكم معين فيه ويتصرف على أساس هذا الوهم بحيث لو علم الحكم القانوني الصحيح لما رضي بإتمام هذا التصرف [٢] .

والغلط فى القانون نصت على أحكامه المادة : ١٢٢ من القانون المدنى بقولها " يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره " . فالغلط فى القانون – بالمعنى السابق – يؤدى إلى طلب إبطال العقد بسبب هذا الغلط ، ومن ثم فالشخص الذى وقع فى غلط لا يطلب استبعاد القانون ، بل على العكس، يطلب تطبيق القانون الصحيح عليه وإبطال العقد الذى أبرمه فى ظل تصور خاطئ للقانون ، ومثاله ما إذا تصالح شخص مع قريب له ظانا أن القانون يورثه ، بينما حكم القانون الصحيح فيه أنه غير وارث ، فهنا يعتبر ذلك الشخص وقع فى غلط ، أما إذا كان لا يعلم أحكام قانون الميراث فإنه يعتبر جاهلا بالقانون ، ولا يعتد بجهله إياه .

ويستبين مما سبق أن الغلط فى القانون هو عيب من عيوب الإرادة التى

---

[١] أنظر : توفيق فرج – السابق ص١٢١ ، نعمان جمعة – السابق ص٢٢٩ .

[٢] د/ عبدالناصر العطار – المرجع السابق ص١٩٠ .

تبيح للمتعاقد طلب إبطال العقد ، وليس فى ذلك أى مساس بقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون بينما فى حالة الغلط فى القانون يستطيع الشخص أن يتمسك بتطبيق القانون ولا يطلب إعفاءه من تطبيق القانون عليه[١] .

---

[١] د/ نزيه المهدى – السابق ص١٩٤٦ ، نعمان جمعة – السابق ص٢٣٠ ، عبدالناصر العطار – السابق ص١٩٠ .

المبحث الثاني

العـــرف

La contume

٩٦- تمهيـــد :

قضت المادة الأولى من التقنين المدنى المصري بأن العرف هو المصـدر الثاني للقانون بعد التشريع ، أى أنه يجب الالتجاء إلى العرف عنـد عدم وجـود نص تشريعي يحكم النزاع المعروض ، وهذا يقتضى أن نعرف – فى إيجاز – العرف ، ونذكر أركانه ، ومزاياه وعيوبه ، ومصدر القـوة الملزمـة لـه ، ودور العرف في القانون المصري .

المطلب الأول
تعريف العـرف وتقييمه

٩٧- تعريف العـــرف :

العرف هو : مجموعة القواعد التى تنشأ من اعتياد الناس على سلوك معين فى ناحية معينة من نواحى حياتهم الاجتماعية بحيث ينشأ لديهم اعتقاد بإلزامها وأن مخالفتها يستتبع توقيع جزاء مادي[1] . والعرف بهذا المعنى ينصب على العرف الذى ينشئ القاعدة القانونية غير المكتوبة ، ومن ثم فهو يعنى الاعتياد الملزم على أمر معين ، وقد يقصد بالعرف معنى ثان وهو القاعدة الغير مكتوبة فى حد ذاتها والمتولدة من هذا المصدر ، ومن ثم يقصد به فى هذه الحالة القاعدة التى تنتج عن هذا الاعتياد .

ويتضح من معنى العرف – على النحو السابق – أن العرف كمصدر رسمي للقانون ليس من وضع السلطة الرسمية فى الدولة ، ولكنه نابع من سلوك الناس أنفسهم واعتيادهم على سنه أو نمط معين فى إحدى نواحي حياتهم الاجتماعية ، وقد يحدث أن يسلك شخص مسلكا معينا فى مناسبة معينة ، ويقلده غيره فى هذا السلوك حين تعرض له نفس المناسبة ، ثم يعتاد المجموع هذا

---

[1] أنظر فى هذا الموضوع : السنهورى وحشمت أبوستيت – السابق ص٨٣ وما بعدها ، سليمان مرقص – السابق ص٢٩١ وما بعدها ، عبدالفتاح عبدالباقى – السابق بند ١١١، توفيق فرج – السابق ص٩٢ وما بعدها ، جمال الدين محمود زكى – السابق ص١١٧ وما بعدها ، حسن كيرة – السابق ص٢٠٥، ٢٠٦ ، عبدالمنعم البدراوى – السابق ص١٠٨- ١١٠ ، سمير تناغو – السابق ص٤٢٤ وما بعدها ، عبدالمنعم الصدة بند ١٠٣ ، عبدالودود يحي – السابق ص١١٠ ، عبدالناصر العطار – السابق ص٢٦٢ وما بعدها ، نعمان جمعه – السابق ص١٩١ وما بعدها ، أحمد سلامة ص١٣٢ . وانظر فى الفقه الفرنسي :

Geny kethodes d interpretation et sources Mn droit prive positif 2 e ed Ti No 109 et s Esmin la contume doit elle eure Focoumue com e sourc du droit civil francais pul soc etudes legislatiues 1905 u 532 ets.

السلوك عندما يجدون أنفسهم فى مثل هذه المناسبة ، ثم يعتقد هذا المجموع أن هذا السلوك ملزم لهم كالقانون تماما ، فحينئذ يتكون العرف ، وهو بهذا الوصف يدخل الجماعة غير مكتوب ولذلك قيل بحق أن العرف هو القانون غير المكتوب .

وقد كان العرف فى الجماعات البدائية الأول هو المصدر الوحيد للقانون حيث كان الناس يسيرون فى حياتهم وفقا لعادات وتقاليد يتوارثونها جيلا بعد جيل لأنهم كانوا يشعرون بضرورة اتباعها لتنظيم روابطهم الاجتماعية ، فضلا عن أن حاجياتهم كانت لم تتعقد بعد ، إلا أن تقدم الزمن وتضخم الجماعات وازدياد أوجه النشاط فيها وتشعب الروابط بين أفرادها جعل العرف يقصر على الوفاء باحتياجاتها ، ويعجز عن ملاحقة سيرها ومطالبها المتكاثرة : مما أدى إلى أن يتوارى قليلا ليفسح المجال أمام مصدر ثان هو التشريع وليصبح العرف فى معظم البلاد هو المصدر الثانى للقانون بعد التشريع ، ولا يلجأ إلى تطبيق أحكامه إلا عند عدم وجود نص تشريعي .

٩٨- أركان العرف :

تنحصر أركان العرف فى ركنين : أحدهما مادى والآخر معنوى .

والركن المادي : هو العادة أو السنة المتبعة فى ناحية من نواحى الحياة الاجتماعية ، أى أنه عبارة عن جسم القاعدة العرفية ومادتها المحسوسة .

أما الركن المعنوى فهو : اعتقاد الأفراد بلزوم هذه العادة وأن مخالفتها يستلزم توقيع جزاء مادى كلزوم القاعدة التشريعية المكتوبة تماما .

ونتناول الآن كلا الركنين بشئ من التفصيل .

٩٩- الركن الأول : الركن المادي :

الركن المادي للعرف هو عبارة عن "العـادة" la usage أو الاعتياد ، والاعتياد – الركن المادى – هو ما درج عليه الناس مدة طويلة فى تنظيم أمر معين بطريقة مخصوصة ، ويتضح من ذلك أن العادة تقتضى التكرار لأن حدوث أمر معين مرة واحدة لا يكون عادة [1] ، أو هو – الاعتياد – حل يتراضاه اثنان فى نزاع معين أو مسألة معينة يتكرر هذا العمل الفردى على نسق واحد فى نفس المناسبة إما بدافع الرغبة فى التقليد ، وإما لصلاحية هذا الحل لتنظيم علاقة معينة[2] لا تتنافى مع الآداب أو مع المبادئ الأساسية التى تقوم عليها الجماعة ، فيلزم لقيام العرف أن يطرد سلوك الناس مدة طويلة على أمر من الأمور بصورة عامة ثابتة لا تتغير .

والعادة أو الاعتياد – السابق بيان ماهيتها – تستلزم توافر شروط وأوصاف معينة حتى يتم بتوافرها وجود الركن المادى ، وهذه الشروط هي :

أ- **يجب أن تكون هذه العادة عامة** : والمقصود بالعموم أن تكون العادة متبعة من جميع الأشخاص– تقريبا– الذين يتصور فى مجتمع معين أن يعنيهم الأمر الذى جرى فى شأنه هذه العادة ، ولكن ليس معنى ذلك أن تكون العادة شاملة كل إقليم الدولة وجميع أفراد المجتمع ، فقد تكون العادة خاصة بإقليم معين : أو بمدينة واحدة أو حي واحد بالمدينة ، أو بطائفة معينة من الأشخاص أو بأهل حرفة أو مهنة كحرفة التجارة ، أو الزراعة ، أو الصناعة مثلا ، ومن هنا قد يكون العرف عاما – أي شاملا usages generaux أو محليا ، وقد يكون طائفيا أو مهنيا أي خاصا بكل أقاليم الدولة ، أو بإقليم معين أو بطائفة معينة على الترتيب ، ويفهم من ذلك أن العموم ليس معناه الإجماع ،

---

(١) سليمان مرقص – السابق ص٢٩٢ ، أحمد سلامة – السابق ص١٣٢ .

(٢) جمال زكى – السابق ص١١٨ ، وانظر : توفيق فرج – السابق ص٩٤.

وإنما يكفي الشيوع لنشوء العرف ، أي أن العموم يعتبر متوافرا حتى ولو شذ عن اتباع العادة أفراد قلائل من أفراد المجتمع أو الإقليم أو الطائفة .

ب- يجب أن تكون المادة ثابته ومطردة : والثبات يعنى أن تكون المادة قد اطرد اتباعها منذ نشوءها دون انقطاع وبشكل واضح وظاهر ومستمر، فاذا آتى الناس مسلكا معينا فترة معينه ثم انقطعوا عنه فترة أخرى ،ثم عادوا اليه مرة أخرى ثم عادوا اليه مرة ثالثة ،فلا يقال أنهم بذلك يطردون على مسلك ثابت ومستقر يصلح أن يكون عادة مكونة للركن المادى فى العرف ،ومن العادات الفرعية فى مصر - والتى توافرت لها صفه الثبات والاطراد - قيام الزوجة بتاثيث منزل الزوجية مما يسمح بالقول بوجود عرف في اعتبار الاثاث مملوكا للزوجة خاصة بين المسلمين [1] ،ومن امثلة العرف المتوافر له صفة الثبات ،العرف الذى جرى على أن التوقيع علي ظهر الشيك يعتبر تظهيرا ناقلا للملكية [2] ،والقاعدة التى تقرر التضامن بين المدينين فى المعاملات التجارية على خلاف القانون المدنى الذى يقرر أن التضامن لا يفترض بل يكون بمقتضى اتفاق أو نص فى القانون (م ٢٧٩ مدنى) ومن هذا القبيل ما قضت به محكمة النقض [3] من وجود سنة مستقرة على جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وعلى أمكان تجاوز مجموع الفوائد لرأس المال فى المعاملات التجارية كأستثناء من القاعدة الآمرة فى القانون المدنى [4] ،كما أن من قبيل العرف فى نطاق الاجراءات القضائية اعتبار صفة المحامى فى تحرير صحيفة افتتاح الدعوى أو عريضة الاستئناف واعلانها للخصم متوافرة قبل

---

(١) السنهورى وأبوستيت - السابق ص٨٥ ، وانظر : د/ سمير تناغو - السابق ص٤٢٧ ، جمال زكى - السابق ص١١٩ ، سليمان مرقص- السابق ص٢٩٤، توفيق فرج - السابق ص٩٣ ، جميل الشرقاوى - السابق ص٢٧ ، عبدالودود يحي - السابق ص١١٣.

(٢) نقض مدنى فى ٦٦/١/١١ - مجموعة المكتب الفنى س١٧ ص٩٦ .

(٣) نقض مدنى فى ٦٣/٦/٢٧ - مجموعة المكتب الفنى س١٤ ص٩٤ .

(٤) سمير تناغو - السابق ص٤٢٨ .

اعطائه التوكيل من صاحب الشأن[1] .

ج- **يشترط أن تكون المادة قديمة** : اى يجب أن تكون المادة معمولا بها منذ مدة طويلة من الزمن بحيث يمكن القول بانها رسخت فى اذهانهم وانه نشأ لديهم اعتقاد بلزومها ،ولكن لا يوجد حد او تحديد معين لهذه المدة ،فالمسألة تختلف من عادة لاخرى ،ومن مجتمع لاخر ،ومن طائفة لاخرى ،المهم أن تكون المادة مضى عليها مدة تكفى للدلالة على رسوخها وتأصيلها فى النفوس وعلى انها ليست بدعة جديدة أو نزوة عابرة .

د- **يشترط فى المادة : ألا تكون مخالفة للنظام العام أو الاداب فى المجتمع** : فمهما طال الامر على اتباع مسلك معين لمجموعة من الناس يخالف احدى قواعد النظام العام او الاداب ،فإن ذلك لا يؤدى إلى القول بوجود المادة أو العرف فإذا تعارف الناس فى إقليم معين على الأخذ بالثأر ،أو تعارفوا فى مجتمع مسلم على ممارسة الدعارة أو شرب الخمر ،فانه لا ينشأ بذلك عرف ملزم قانونا ولا عبرة بهذا العرف .

هـ- **يشترط فى العادة أن تكون اختيارية** : أى أن العادة يجب أن تكون قد تأصلت فى نفوس الجماعة اختيارا ،أى الا تكون قد فرضت من الذين يستفيدون منها على الذين يضارون منها ،فاذا كانت قد بدات بالاكراه : فيجب أن يكون العمل بها قد استقر وقتا كافيا بعد زوال الاكراه[2] .

وأخيرا يجب أن يراعى أن توافر شروط الركن المادى من مسائل الموضوع الذى يترك تقديرها لمحكمة الموضوع ولا رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض .

---

[1] نقض مدنى فى ١٩٣٥/٤/١٨ - مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة جـ٢ ص٩٤٨ رقم ١ .

[2] أنظر : توفيق فرج - السابق ص٩٣ ، جمال زكى - السابق ص١٢٠ ، والعطار - السابق ص٢٦٣ .

١٠٠-الركن الثانى : الركن المعنوى (ركن الالزام) :

الركن المعنى للعرف : هو اعتقاد النــاس بـأن هـذه العـادة ملزمـة ،وانهـا تنظم روابطهم الاجتماعية ،وأن سمة جزاء يوقـع علـى كل مـن يخـرج علـى احكامها بواسطة السلطة العامة والشعور بإلزام العـرف لا يكـون طفـرة واحـدة وإنما يأتى بصفة تدريجية وبشكل غير محسوس ،ثم يرسـخ فـإذا بغالبيـة النـاس تدركه وتعتقد فى الزامه ،ومن ثم كـان تحديـد الوقـت الـذى يتحقـق فيـة الركـن المعنوى مثار خلاف بين الفقهـاء وبيـن المحـاكم ،ولذلـك فـإن الركـن المعنـوى للعرف لا يتوافر الا اذا استقر الفقة والقضاء علـى أن سـلوكا معيـن قـد اصبـح ملزما فى اعتقاد الناس ؛ فحينئذ يصبح هذا السـلوك عرفـا ثـابت يكـون بمثابـة قاعدة قانونية تنظم الروابط الاجتماعية بين افراد المجتمع .

والواقع أن ركن الالزام -الركن المعنوى -وهو الذي يميز العـرف عـن غيره من قواعد المجاملات والعادات الاجتماعيـة التـى لا تعتـبر عرفـا كتبـادل الزيارات وتقديم الهدايا فى المناسبات أو أوقات معينة ،واقامة الولائم ،وحفـلات الاستقبال لا تعتبر عرفا ،بل تعد من قبيل قواعد المجاملات فقط .

وموجز القول أن الركن المعنوى -بوجه خـاص -وهـو الـذى يمـيز بيـن العـرف وبيـن نـوع معيـن مـن الغـادات اصطلـح علـى تسـميته بـــ "العـــادات الاتفاقيـة"، فالعـادات الاتفاقيـة تتصـل بالعلاقـات القانونيـة وتتوافـر فيهـا شـروط الركن المادى للعرف من العموم والقدم والثبات والاختيار : ولكنها مـع ذلـك لا تعتبر عرفا لعدم استيفائها للركن المعنوى .

ولأهمية التفرقـة بيـن العـرف وبيـن العـادات الاتفاقيـة جـرى الفقـه علـى ضرورة تناول هذه العادات بشئ من التفصيل وهذا ما سنتناوله الآن مـع ذكـر نتائج التمييز بين كل منهما :

١٠١- التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية :

إذا توافرت شروط الركن المادى للعرف دون توافر الركن المعنوى ، فإن ما ينشأ عن ذلك يظل مجرد عادة ، ولا يرقى إلى مرتبة العرف ، والعادة لا تتحول إلى قاعدة قانونية تحكم نشاط الأفراد ومعاملاتهم إلا إذا ثبت اتفاق هؤلاء الأفراد – المتعاملين بمقتضاها – ورضائهم صراحة أو ضمنا بتطبيقها فى كل حالة على حده – وانطباق هذه العادة على معاملات الأفراد – فى هذه الحالة – لا يكون بوصفها عرفا بل نتيجة اتفاقهم على تطبيقها[١] ولذلك تسمى "عادة اتفاقية" أى عادة لا تطبق إلا باتفاق الأفراد على تطبيقها ، وهذا بخلاف العرف فإن الأفراد يلتزمون به باعتباره قاعدة قانونية ملزمة .

ومن أمثلة هذه العادات الاتفاقية ما جرى عليه التعامل بين الأفراد فى حالة بيع بعض أنواع الفاكهة والخضر على أساس المائة ، فقد اختلفت العادة بالنسبة لما يباع على أنه مائة ، ففى بعض الجهات جرت العادة على أن المائة حبة هى المائة ، وفى بعض الجهات الأخرى جرت العادة على أن تباع المائة : مائة وعشرة أو مائة وعشرون أو مائة وثلاثون ... الخ ، كما أن من أمثلة العادة الاتفاقية ما جرت عليه العادة فى المطاعم والفنادق والملاهى من قيام العملاء بدفع نسبة معينة من الحساب (٥٪ مثلا) مقابل الخدمة كبقشيش إلى القائمين بهذه الخدمة ، ومن أمثلة العادة الاتفاقية أيضا ما تجرى عليه العادة فى مصر من أنه إذا قامت شركة بين شخصين وقدم أحدهما رأس المال وقدم الثانى العمل فقط فإن أرباح الشركة توزع بينهما على أساس الثلثين لصاحب رأس المال والثلث للقائم بالإدارة والعمل .

ويلاحظ ما سبق أن أشرنا إليه أن اتفاق الأفراد على تطبيق العادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، والأمر لا يثير صعوبة إذا كان هناك اتفاق

---

[١] أنظر : نزيه المهدى – السابق ص١٦١ ، توفيق فرج – السابق ص٩٥ ، جميل الشرقاوى – دروس فى أصول القانون – السابق ص١٤٠ .

صريح بين الأطراف على تطبيق العادة ، إذ يعمل بالاتفاق فيما بينهم ، ولكن الاتفاق الضمني على إعمال حكم العادة هو الذى يثير الصعوبات : كيف يستخلص ذلك الاتفاق الضمنى على إعمال العادة ؟

معيار العمل بالاتفاق الضمني للعادة هو الرضا الضمنى بالعادة الاتفاقية التى تتضح من ظروف الاتفاق بين الأفراد والغرض منه كوجود تعامل سابق بينهما على أساسها أو أي قرينة أخرى(٢) .

ويكفى لاستخلاص الرضا الضمنى بقبول الخضوع لحكمها ، أن يعلم الأفراد بوجود عادة معينة ولا يستبعدون العمل بها فى اتفاقهم ، وهذه مسألة تقديرية تترك لقاضى الموضوع لكى يتبينها من ظروف الحال .

١٠٢- التمييز بين العادة الاتفاقية والقاعدة القانونية المكملة :

سبق أن أشرنا أن العادة الاتفاقية لا يعمل بها إلا إذا رضي بها الأفراد صراحة أو ضمنا باعتبارها شرطا فى الاتفاق ولذلك يجب أن يكون المتعاقدان على علم بها ، أما القاعدة القانونية المكملة فلا تلزم إلا المتعاقدين الذين لم يتفقوا على مخالفة حكمها ، فقد رأينا أن القواعد المكملة هى قواعد ملزمة واجبة التطبيق بمجرد عدم الاتفاق على ما يخالفها ومن ثم فليس شرطا لتطبيقها إثبات اتجاه الإرادة إليها أو إثبات علم المتعاقدين بها ، إذ يستوى أن يعلم بها المتعاقدان أو لا يعلمان ، اتجهت إرادتهما إليها أم لا ، فهى واجبة التطبيق بمجرد سكوت الطرفين عن تنظيم اتفاقهما تنظيما يخالفها ، وهذا على عكس العادة الاتفاقية التى يشترط لتطبيقها ثبوت اتجاه الإرادة الصريحة أو الضمنية إليها بالفعل .

والأصل أن القواعد المكملة لا تطبق إلا عند عدم الاتفاق على ما

---

(٢) أنظر : السنهورى وأبوستيت- السابق بند ٧٨ ، توفيق فرج - السابق ص٩٦، عبدالفتاح عبدالباقى - السابق - بند ١٢٥ .

يخالفها، ولكن العادة الاتفاقية يجب الأخذ بها قبل الالتجاء إلى القواعد القانونية المكملة عند ثبوت اتجاه إرادة المتعاقدين إليها ضمنا أو حال إليهما المشرع الوضعي نفسه ، مثال ذلك ما نص عليه التقنين المدني المصرى فى المادة ٢٣٢ منه بقولها " لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " ، فإحالة المشرع إلى العادة تؤدى إلى أن تصبح العادة المحال إليها واجبة الاتباع ، وتطبق ولو لم تتجه إرادة المتعاقدين إليها ، أى أنها تصبح كالقاعدة القانونية المكملة عند إحالة المشرع إليها [١] .

١٠٣- نتائج التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية :

أ- من ناحية الإثبات :

العرف يفترض العلم به كما يفترض العلم بأى قاعدة تشريعية مكتوبة ، إذ لا يقبل من أحد الاعتذار بجهله القواعد العرفية ، كما لا يقبل من أحد الاعتذار بجهله لأى قاعدة تشريعية ، ولكن العادة الاتفاقية لا يفترض العلم بها، لأنها عنصر من عناصر الواقع ولذا يجب على من يتمسك بها أن يقدم الدليل على وجودها وعلى مضمونها .

ب- من ناحية التعارض المحتمل بين العادة أو العرف وبين التشريع :

نجد أن التعارض بين العرف وبين التشريع يثير جدلا كبيرا فى الفقه والقضاء ، حول قدرة العرف على إلغاء التشريع أو عدم قدرته على ذلك - وهو موضوع سنعرض تفصيلاته فيما بعد - إلا أننا نجد أنه لا يوجد أدنى خلاف فى أن العادة الاتفاقية لا يمكنها أن تلغى التشريع الوضعى المكتوب .

---

[١] أنظر فى ذلك : توفيق فرج - السابق ص٩٦، عبدالمنعم الصدة- السابق ص١٤١ ، منصور مصطفى منصور - السابق ص١٠٩ ،١١٠ ، البدراوى - السابق ص٢٠٩ ، عبدالفتاح عبدالباقى - السابق بند ١٥٥.

جـ- من ناحية مدى علم القاضى بالعرف :

العرف كالقانون تماما يفترض علم القاضى بـه ، ويجب عليه أن يكون ملما به وبأحكامه ، وعليه أن يتحرى وجوده وشروطه بنفسه دون أن يكلف أحد بإثباته كما هو الشأن فى القواعد القانونية المكتوبة تماما ، أما العادة الاتفاقية فهي شرط اتفاقي ؛ لا يشترط علم القاضى بها ؛ ويترتب على ذلك أن القاضى يجب عليه تطبيق القواعد العرفية من تلقاء نفسه بحكم كونها قواعد قانونية ، حتى ولو لم يطلب إليه الخصوم ذلك ، ولهذا كان على القاضى أن يتثبت من وجود العرف من تلقاء نفسه كتثبته من القاعدة القانونية بوجه عام [١] .

د- من ناحية مدى جواز رقابة محكمة النقض فى تطبيق العرف :

يخضع القاضى فى تطبيقه للعرف لرقابة محكمة النقض ، لأن العرف كالقانون تماما من ناحية قوته الملزمة ، ومحكمة النقض تراقب تطبيق أحكام القانون . أما العادة الاتفاقية فهى من قبيل الواقع الذى يترك تقديره لمحكمة الموضوع ولا رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض ، والواقع أن مسألة مدى رقابة محكمة النقض لمحكمة الموضوع فى تطبيق العرف أثارت جدلا كبيرا فى الفقه والقضاء .

فذهب رأي وعلى رأسه محكمة النقض الفرنسية وفريق من الفقه الفرنسي إلى أنه ليس لمحكمة النقض حق مراقبة قاضى الموضوع فى هذا الصدد سواء بالنسبة للتثبت من وجود العرف أم بالنسبة لتطبيقه [٢] .

---

(١) أنظر فى ذلك : نقض مدنى فى ١٩٥٧/١/١٨ - فى مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض س٨ ص٢٤٦ ، وانظر نقض مدنى فى ١٩٦٩/١٢/٢٥- المجموعة السابقة س٢٠ - رقم ٢١١ ص١٢٥٦ .

(٢) أنظر : جنى - المرجع السابق - والأحكام المشار إليها جـ٢ ص٢٠٠ .

بينما ذهب غالب الفقه المصرى[١] إلى أن قاضى الموضوع يخضع لرقابة محكمة النقض من حيث التثبت من وجود العرف وقيام أركانه وتوافر شروط كل ركن ومن حيث سلطته فى تطبيق العرف ، ويستندون فى ذلك إلى أن العرف كالتشريع ، مصدر من مصادر القانون ، والتثبت من وجود التشريع هو تثبت من وجود القاعدة القانونية ، وبما أن القاضى يخضع لرقابة محكمة النقض عند بحثه فى وجود التشريع ، فيجب أيضا خضوعه لها عند بحثه فى وجود القاعدة العرفية .

وتوسط رأى ثالث - وهو ما نعتقد أنه الرأى الصحيح وإليه ذهبت محكمة النقض المصرية وبعض الفقه الفرنسى- : فذهب إلى ضرورة التفرقة بين التثبت من وجود العرف وبين تطبيقه فقرر أنه يجب أن يترك لقاضى الموضوع سلطة التثبت من وجود العرف وتوافر أركانه وشروط كل ركن ، ولا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض ، أما تطبيق قاضى الموضوع للعرف بعد التثبت من وجوده فيخضع فيه لرقابة محكمة النقض[٢] .

١٠٣م- مزايا العرف :

تقييم العرف يقتضى ذكر مزاياه وعيوبه كما يلى :

أما مزايا العرف فتتخلص فيما يلى :

أ- العرف يتمشى مع عادات الناس وتقاليدهم : فهو يتطور بتطور الجماعة ومن ثم كان العرف مصدرا مرنا للقانون ، يتغير ويتطور كلما تغيرت الظروف التى أدت إلى ظهوره ، وهو بهذا الوصف يعبر تعبيرا صادقا عن حاجات الجماعة ، لأنه يتغير تلقائيا وبطريقة غير محسوسة كلما

---

(١) عبدالمنعم البدراوى - السابق ص٢١٠ ، والصدة - السابق ص١٥٢ ، ١٥٣ ، حسن كيرة - السابق ص٢٨٣ ، والسنهورى - الوسيط ج٢ ص٥٣ هامش ، عبدالفتاح عبدالباقى - السابق ص١٦٢ ، منصور مصطفى منصور - السابق ص١١٢- ١١٣.

(٢) أنظر : نقض مدنى فى ١٩٥٧/٤/١٨ - المحاماة ٣٨- ٥٢٤ -٢٤٢ ، وانظر فى الفقه الفرنسى فى هذا الصدد : جنى - المرجع السابق ص٢٠١ .

طرأ فى ظروف الواقع ما يجعل الحكم القائم مخلا بالتوازن المطلوب بين مصالح الأفراد ، وذلك بعكس التشريع الذى يتصف بالجمود ولا يتطور هذا التطور التلقائى مع تطور الظروف السائدة ليصبح غير متلائم معها حتى يتدخل المشرع من جديد لتعديل هذا التشريع بما يتناسب مع الأوضاع والظروف السائدة .

ب- العرف هو أكثر المصادر القانونية ديمقراطية فهو ينبع من رضى الناس له وقبولهم لحكمه بطريقة عملية ، ومن ثم فهو يتميز عن التشريع الذى قد يصدر من حاكم مستبد ، أو حتى من مجلس نيابى منتخب يشايع السلطة العامة ، أو لا يشايعها ولكن ما يقره من تشريع يتعارض مع رغبة الجماعة .

جـ- العرف يسد النقص الذى قد يعترى التشريع : فالمشرع الوضعى مهما بلغ من حسن تقديره وإلمامه بظروف المجتمع وما يلزمه من قواعد تنظم علاقاته لا يستطيع أن يمد المجتمع بكل ما يلزمه من قواعد ، ولهذا كان للعرف الفضل الأكبر فى تفصيل ما يكون مجملا فى التشريع ، وفى بيان بعض الأحكام الفنية التى يعتاد عليها أصحاب مهنة أو حرفة معينة ولا يستطيع المشرع الخوض فيها ، وفى تنظيم بعض المشاكل الإقليمية التى تواجه إقليما معينا من أقاليم الدولة ، وفى بعض المشاكل الطائفية التى تخص طائفة أو مهنة أو حرفة معينة كطائفة التجار وأرباب الحرف ومن يعملون فى صيد الأسماك أو النقل البرى أو النقل البحرى ... الخ .

د- العرف هو مصدر قانونى اختيارى النشأة : يأتى من خلال واقع تفوضه ظروف ومشاكل الجماعة وترتضيه الجماعة فى صورة الحل الأفضل لمشكلة – تعيشها ، بعكس التشريع الذى قد يكون بإرادة تحكمية من قبل المشرع الوضعى ، ويأتى بحكم قد يصل إليه واضعه بخياله ونتيجة

لأفكاره وفلسفته الخاصة ، ومن ثم قد يكون غير مناسب أو مخلا بالتوازن المطلوب بين المصالح المختلفة لأفراد المجتمع[١] .

١٠٤ – عيوب العرف :

أما عيوب العرف فنوجزها فيما يلى :

أ- العرف مصدر بطئ التكوين : فهو يتصف بالبطء فى نشوئه وتطوره ، إذ يستلزم تكوينه أن تمر فترة زمنية طويلة حتى يستقر فى أذهان الناس أن ما اعتادوا عليه قد أصبح عرفا ملزما ، فلنشأته التدريجية يكون عاجزا فى كثير من الحالات عن مواجهة الظروف الطارئة التى قد تستوجب تنظيما أو حلولا سريعة ، وذلك بعكس التشريع الذى يمكن سنه وإصداره بسرعة وسهولة لمواجهة ما قد ينشأ من حالات طارئة تستدعى حلا وتنظيما سريعا .

ب- العرف يصعب تحديده والتعرف عليه بدقة : فقواعده وأحكامه لا توضع فى نصوص محدودة مكتوبة يمكن الرجوع إليها بسرعة وسهولة وقد سبق أن أشرنا إلى أن العرف ينشئ قاعدة قانونية غير مصوغة فى ألفاظ منضبطة ، كما قد يكون من الصعب فى كثير من الأحيان تحديد الوقت الذى يعتبر العرف موجودا فيه مما يؤدى إلى منازعات كثيرة – من الناحية العملية – بين الأفراد بشأن تحديد العرف الواجب التطبيق ، وذلك كله عكس التشريع الذى يصاغ فى ألفاظ محدودة مكتوبة يسهل الرجوع إليها ومعرفة أحكامها عند الاقتضاء .

جـ- العرف لا يؤدى إلى توحيد القانون فى الدولة : فقد سبق أن عرفنا أن التشريع أداة لتوحيد القانون فى الدولة ، ومن ثم يكون عاملا من

---

[١] أنظر : د/ نعمان جمعة – السابق ص١٩٥- ١٩٦ ، نزيه المهدى – السابق ص١٥٧ ، منصور مصطفى منصور – السابق ص١٤٠

عوامل تحقيق الوحدة القومية ، أما العرف فقد يختلف من إقليم لآخر داخل الدولة الواحدة مما يؤدى إلى فقدان الدولة عنصرا هاما من عناصر توحيدها السياسي وهو وحدة القانون[١] .

---

[١] أنظر : البدراوى – السابق ص١٠٩ ، أحمد سلامة – السابق ص١٣٨ ، نزيه المهدى – السابق ص١٥٧ ، توفيق فرج – السابق ص٩٨-١٠٠.

المطلب الثــاني
أســاس القـوة الملزمـة للعـرف

١٠٥- تعـداد وبيــان :

لا خلاف - الآن- على مدى القوة الملزمة للعرف ، فهو أقـدم المصـادر الرسمية للقانون ، وقد كان العرف هو المصدر الأوحـد للقـانون فـى الجماعـات البدائية الأولى ، وحتى بعد ظهور التشريع ، فقد ظل للعرف مكان الصدارة فى كثير من الأنظمـة حتـى وقت يمتد إلـى القرن الثـامن عشـر فـى بعـض بلـدان أوربا، بل ويحتل مكانا هاما حتى وقتنا الحــاضر فـى النظـام الأنجلوسكسـونى ، وفى باقى الأنظمـة مـازال لـه بعـض الأهميـة فـى بعـض الفـروع مثـل القـانون التجاري [١] .

أمـا فـى القـانون المصـري الحـالى فقد نصـت الفقـرة الثانيـة مـن المـادة الأولى من التقنين المدنى بأن العرف مصدر رسمى للقانون يحتل المرتبة الثانية بعد التشريع فى الأحوال العينية ويحتل المرتبة الثالثة بعد الشـريعة الإسـلامية ، والدين فى الأحوال الشخصية .

ويثور التساؤل على أساس القوة الملزمة للعرف ؟ أى عن الأساس الـذى يجعل من العرف شكلا ملزما أو مصدرا رسميا للقانون ؟

وقد أجيب على هذا التساؤل بنظريات عديدة نعرض لها فيما يلى :

١٠٦- النظرية الأولى : تأسيس إلزام العرف على الإرادة الضمنية للمشرع :

تقوم هذه النظرية على أســاس أن إرادة المشـر ع الوضعـي هـي المصـدر الوحيد للقانون ، ولهذا لا يمكن اعتبار العرف قانونا إلا إذا أسـبغت عليـه صفـة

[١] نعمان جمعة - المصدر السابق ص٢٠١ .

التشريع ، وهو فى هذا الصدد- تشريع غير صحيح ، لأنه لم يصدر عن الإرادة الصريحة للمشرع ، وإنما هو تشريع ضمنى وافق عليه المشرع الوضعى ضمنا ، ويستفاد التشريع الضمنى هنا من عدم مقاومة المشرع الوضعى له أو إلغائه ، كما يستفاد من قيام المشرع الوضعى بتطبيقه عن طريق أجهزة السلطة التى تتبعه[١] .

ولقد وجهت إلى هذه النظرية انتقادات عديدة أدت إلى رفضها من كل وجه ، ولعل أهم هذه الانتقادات ، أنها خلطت بين العرف والتشريع ، مما يؤدى إلى تشويه فكرة كلا منهما ، لأن التشريع قانون مكتوب ، والعرف ليس كذلك ، والتشريع يصدر فى وقت محدد بينما العرف يتكون ببطء ، ولا ندرى متى نشأ؟ والتشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة بإصداره ، والعرف يصدر عن اعتياد الناس على أمر معين فترة طويلة [٢] ، ولهذه الأسباب لابد من البحث عن مصدر آخر لإلزام العرف وهو ما يتمثل فى النظرية التالية .

١٠٧- النظرية الثانية : تأسيس إلزام العرف على الضمير الجماعي :

ذهب فريق من الشراح إلى أن أساس إلزام العرف هو : رضا الشعب أو رضاء الجماعة ، بالعرف رضاء ضمنيا ، فالقاعدة العرفية تلزم الأفراد استنادا إلى رضاء الكافة رضاءا ضمنيا تدل عليه اتباعهم لها على نسق متواتر مدة طويلة ، فالعرف هو وسيلة التعبير التلقائية والمباشرة "عن الضمير الجماعى " الذى يخرج منه القانون ، بينما التشريع هو وسيلة التعبير غير المباشر .

وقد انتقدت هذه النظرية على أساس : أن هذه الفكرة وإن صحت فى القانون الرومانى حيث كان للشعب ذاته سلطة وضع القواعد القانونية فيما كان

---

(١) سمير تناغو – المرجع السابق – ص٤٤٩ .

(٢) أنظر : حسن كيرة – المرجع السابق ص٢٨٤ ، جمال زكى – المرجع السابق ص١٢٥، نزيه المهدى – السابق ص١٦٥.

ينظمه لنفسه من اجتماعات إلا أنها أصبحت لا تتفق مع الواقع الحالى عندما استأثرت السلطة التشريعية فى الدولة بسلطة التشريع وسلبته من عامة الناس ، فضلا عن أن فكرة "الضمير الجماعى" هى فكرة عامة وغامضة ومبهمة مما جعل وجود هذا الضمير محلا للشك والجدل[1] .

وإزاء هذه الانتقادات يجدر البحث عن أساس آخر يصلح أن يكون أساسا للقوة الملزمة للعرف .

١٠٨- النظرية الثالثة : تأسيس إلزام العرف على آراء الفقهاء :

ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من إجماع الفقهاء على وجود عادة فى مسألة معينة واتفاقهم على حل هذه المسألة على أساس هذه العادة ، وهذا يكفى لإلزام الناس بها ، واعتبار هذه العادة عرفا لازم الاتباع .

غير أن هذه النظرية وجهت لها انتقادات ، وجيهة - أهمها أن آراء الفقهاء هى مجرد اجتهادات لأشخاص باحثين ليست لهم صفة رسمية فى إنشاء القانون ، وهناك إجماع على أن آراء الفقهاء هى من المصادر التفسيرية للقانون، وليست من المصادر الرسمية ، ومن ثم فإن إجماع الفقه على وجود عادة فى مسألة معينة واتفاقهم على حل هذه المسألة على أساس هذه العادة لا يلزم الناس باتباع هذه العادة وبالتالى لا ينشأ عرفا[2] .

١٠٩- النظرية الرابعة : تأسيس إلزام العرف على أحكام القضاء:

ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من تطبيق المحاكم لهذا العرف ، مما يعتبر إقرارا للصفة الإلزامية له ، خاصة عند تكرار الحكم به فى أحكام القضاء الصادرة فى منازعات مختلفة .

---

(١) جمال زكى - السابق ص١٢٤ ، حسن كيرة - السابق ص٢٨٦ ، سليمان مرقص - السابق ص٣٠٢

(٢) أنظر فى عرض هذه النظرية ونقدها : د/ عبدالناصر العطار - السابق ص٢٦٥ .

وهذه النظرية تجد لها أنصارا كثيرين فى القانون الإنجليزى حيث تلتمس تأييدا لها فى نظام السوابق القضائية المقرر فى هذا القانون ، كما أيدها بعض الفقه الفرنسى رغم خلو القانون الفرنسى[١] من نظام السوابق القضائية ، ويميل إليها بعض الفقه المصري[٢] الحديث ويرى جمهور الفقه أن هذه النظرية غير سليمة لسببين :

أولهما : أن العرف من الناحية التاريخية سابق لنشوء القضاء ، وكيف يكون القضاء هو الذى يسبغ على العرف قوته الملزمة ؟ فالثابت- تاريخيا وعلميا - أن العادات العرفية قد اكتسبت عنصر الإلزام وتحولت إلى قاعدة قانونية ملزمة قبل تطبيق القضاء لها وخاصة بعض قواعد العرف المهنى .

ثانيهما : من المسلم به أن وظيفة القضاء تقتصر على تطبيق القانون ولا تتعداه إلى خلق القواعد القانونية فالقاضى عندما ينظر فى المنازعات المعروضة عليه ليطبق عليها القواعد القانونية الموجودة سلفا فهو يكشف عن هذه القواعد ويبحث عنها ولا يخلقها ، وذلك بصرف النظر عن مصدر هذه القواعد ، أهو التشريع أم العرف ؟ ، وليس من الطبيعى أن يكون ما يستند إليه القضاء ويطبقونه فى منازعات الأفراد هو ما يصنعونه بأنفسهم من قواعد [٣] وإلا كان مبدأ الفصل بين السلطات ضربا من العبث .

---

(١) Lambert la fouction du droit civil compare T. 1 paris 1903.

(٢) توفيق فرج - السابق ص١٠٩ .

(٣) أنظر : حسن كيرة- السابق ص٢٨٨ ، أحمد سلامة - السابق ص١٤٤ ، نزيه المهدى - السابق ص١٦٦

١١٠- النظرية الخامسة : تأسيس إلزام العرف على ضرورته لتنظيم المجتمع :

يرى أنصار هذه النظرية أن العرف يغدو ملزما إذا أصبح ضروريا لتنظيم المجتمع ، فالقاعدة العرفية تستمد قوتها الملزمة من ضرورتها للحياة الاجتماعية بسبب قصور التشريع وجموده ، وبالتالى عدم كفايته لتنظيم المعاملات بين أفراد المجتمع ، مما يجعل وجود غيره من المصادر الاحتياطية أمرا محتوما ، وبذلك فوجود العرف وأثره يستند إلى نفس الأسباب التى دعت إلى وجود القاعدة القانونية [١] .

غير أن هذه النظرية لم تسلم من النقد ، وأهم ما وجه إليها من نقد هو : أن ضرورة العرف لتنظيم المجتمع لا تبرر القول بأنه ملزم " فالإلزام لا يكون إلا من إرادة قادرة على إصدار الأمر للمخاطبين بالقاعدة ، وبعبارة أخرى فإن ضرورة تنظيم المجتمع هي علة الإلزام وليست مصدره ، وهي بعد علة إلزام كل قاعدة قانونية سواء كانت عرفية أم غير عرفية "[٢] .

١١١- الرأي المختار : تأسيس القوة الملزمة للعرف على ذاتيته :

استبان لنا من خلال عرض النظريات السابقة لأساس القوة الملزمة للعرف أن جميعها لم تسلم من النقد . ومن ثم وجب البحث عن أساس سليم للقوة الملزمة للعرف .

وهذا الأساس السليم للقوة الملزمة للعرف - هو "ذاتية العرف " [٣] بمعنى أن للعرف قوة إلزام ذاتية مستمدة ونابعة من نفس العادات التى درج عليها الناس فى سلوكهم بحيث نشأ لديهم شعور تلقائى لديهم بإلزام هذه العادات، وتستمد هذه القوة من الضرورة الاجتماعية التى تفرض وتختم

---

(١) جمال الدين محمود زكى - السابق ص١٢٥ .

(٢) د/ أحمد سلامة - السابق ص١٤٤ .

(٣) د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص١٤٤ .

وجوده، حين لا يوجد تشريع كمـا فـى الجماعـات البدائيـة الأولـى ، أو حيـن يكون التشريع ناقصـا أو جامدا كما فى الجماعات الحديثـة ، ومـن ثـم فـالعرف هـو الوسـيلة الفطريـة الطبيعيـة لكـل جماعــة فـى حكـم السـلوك فيهـا ، وفـى التصدى لتنظيم ما قد يستعصى على التشريع تنظيمه أو ما يتأخر التشـريع عـن تنظيمه[1] .

---

[1] حسن كيرة– المرجع السابق ص٢٨٩ ، عبدالمنعم الصدة– ص١٥٦ ، نزيـه المهدى – السابق ص١٦٨ .

المطلب الثـالث
دور العرف فى القـانون المصـري

١١٢- العرف أدنى مرتبة من التشريع في القانون المصري :

لا خلاف فى القانون المصرى على أن التشريع أسمى مرتبة من العرف، إذ ينص المشرع الوضعى صراحة على وضع التشريع فى المرتبة الأولى بين المصادر الرسمية للقانون ومن بعده يأتى العرف لإكمال ما قد يعـترى التشـريع من نقـص (م ٢/١ مـن التقنيـن المدنـى المصـري) ممـا يجعل العـرف مصـدرا رسميا تكميليا أو احتياطيا للمصـدر الرسـمى الأصلـى وهـو التشـريع ، كمـا أن العرف قد يعاون التشريع فى الحالات التى يميل إليـه المشـرع صراحـة فيهـا ، كما أن العـرف لا يقدم علـى القواعـد التشـريعية المكملة ، وأخيرا قـد يخـالف العرف القواعد التشريعية فى حالات معينة .

وهذا الدور الذى يقوم به العرف - فى صوره الأربعـة السابقة - هو مـا سنتناوله تفصيلا فى البنود الآتية :

١١٣- أولا : العرف المكمل للتشريع :

الوظيفة العامة والأساسية للعرف أنـه يكمـل النقص الـذى قد يوجد فـى التشريع طبقا للمادة الأولى من القانون المدنى المصـرى ، الـذى نصـت علـى : "فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العـرف " وهـو ما أشـــارت إليه المذكرة الإيضاحيـة لمشروع التقنيـن المدنـى بقولهـا " الواقـع أن العرف هو المصـدر الذى يلـى التشـريع فـى المرتبــة ، فمـن الواجب أن يلجأ إليه القاضى مباشرة إذا افتقد النص ... . وظل هذا المصـدر وسـيظل إلـى

جانب التشريع مصدرا تكميليا خصبا لا يقف إنتاجه عند حود المعاملات التجارية ... " [١] .

فالقاضى يتعين عليه الرجوع إلى العرف إذا لم يجد فى نصوص التشريع نصا يحكم المسألة المعروضة عليه .

والواقع أن دور العرف المكمل للتشريع هام جدا لأن المشرع الوضعى مهما تدخل بواسطة سن القوانين لتنظيم كل نواحى حياة الأفراد وأنشطتهم ، فإنه لا يمكنه الإلمام بكل تفصيلات هذه النواحى وتلك الأنشطة ، ولذلك يأتى العرف ليسد ما قد يكون فى التشريع من نقص [٢] .

ومن أمثلة العرف المكمل للتشريع فى القانون المصرى ما جرى عليه العرف – وتقضى به المحاكم – من أن أثاث منزل الزوجية يعتبر مملوكا للزوجة ،وكذلك تحديد أجرة السمسار بقدر معين : أمر جرى به العرف ،ومن تطبيقات العرف المكمل فى القانون المصرى ما تنص عليه المادة ٧٥ من التقنين المدنى بأنه أذا لم يتفق على بعض المسائل فى العقد وقام خلاف على هذه المسائل وعرض على القضاء "فإن المحكمة تقضى فيه طبقا لطبيعة المعاملة ولا حكام القانون والعرف والعدالة " .

وأخيرا فإن العرف المكمل للتشريع يقوم بهذه الوظيفة في كل فروع القانون الخاص والعام فيما عدا القانون الجنائى الذى يخضع لقاعدة "شرعية الجرائم والعقوبات " ،وبذلك يستطيع العرف أن ينشىء القواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء [٣] .

---

[١] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جـ٢ ص١٢٧ .

[٢] أنظر : نزيه المهدى – السابق ص١٧٠ ، توفيق فرج – السابق ص١٠٥، عبدالمنعم الصدة – السابق ص٥٩ ، السنهورى وحشمت أبو ستيت – السابق ص٩٠ ، عبدالودود يحي – السابق ص١١٩ ، عبدالناصر العطار – السابق ص٢٦٨ .

[٣] البدراوى – السابق ص٢١٥ .

١١٤-ثانيا :العرف المعاون للتشريع :

العرف يعتبر معاون للتشريع فى الاحوال التى يحيل فيها النصـوص إليـه لتحديد مضمون فكره معينة أو لبيان معنى مسأله فرعيه حيث يكون العرف فـى هذه المسأله اكثر ملائمة من التشريع أوأقدر على تحقيقها[١] .

فعند وجود نص تشريعى فى موضوع معين ،قد يستعان بـالعرف لضبـط تطبيق هذا النص ،وهنا يقال أن التشريع يدعو العرف لمعاونته .

ومن أمثله العرف المعاون للتشريع : مـا نصـت عليـه المـادة ٤٣٢ مـن القانون المدنى المصرى من أن " التسليم يشمل ملحقات الشىء المبيـع وكـل مـا أعد بصفه دائمة لاستعمال هذا الشىء وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الاشياء ، وعرف الجهه وقصد المتعاقدين " .

فملحقات الشىء تتحدد العرف الجهة التى وقع فيها التعاقد .

ومن أمثلة العرف المعاون كذلك ما تقضى به المادة ٢/١٤٨ مدنى بقولها " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقـانون والعـرف والعدالـة بحسـب طبيعـة الالـتزام " ، فكلمـة " مستـلزمات" فى النص كلمـة مرنـة ترك التشريع تحديد مضمونها للعرف الـذى يحدد مستلزمات الشئ فى كل حالة على حدة .

ومن ذلك أيضا ما قضت عليه المادة ٤٤٨ مدنى بقولها " لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه " فهذه المادة تقرر أن العيـب المؤثـر الـذى يسأل عنه البائع هو العيب الذى لا يجرى العرف على التسامح فيه .

ومن هنا يتضح الفرق بين العـرف المعـاون والعـرف المكمـل للتشـريع ، ففى الأول يكون النص التشريعى موجودا والعرف يضبط تطبيقه ، وفى الثـانى

---

[١] أنظـر : نزيـه المهـدى – السـابق ص١٧١ ، جميـل الشـرقاوى – السـابق ص١٤٥ ، عبدالمنعم الصدة– السابق ص١٥٨، أحمد سلامة – السابق ص١٤١ .

ينظم العرف موضوعا أو نشاطا برمته لعدم وجود نص تشريعى يحكم هذا النشاط[١] .

١١٥- ثالثا : العرف المخالف للتشريع :

سبق أن ذكرنا أن التشريع أسمى مرتبة من العرف وما دام الأمر كذلك فإن الفقه والقضاء متفقين على أن العرف لا يستطيع أن يلغى تشريعا معينا طبقا لنص المادة الثانية من التقنين المدنى التى تنص على أنه " لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " .

ويستفاد من هذا النص أن التشريع لا يلغيه إلا تشريع لاحق مثله فى القوة أو أعلى منه درجة ينص على هذا الإلغاء صراحة أو ضمنا ، وبالتالى لا يجوز إلغاء التشريع بالعرف[٢] كقاعدة عامة .

غير أن التشريع ذاته قد ينص على إمكان مخالفة العرف كقاعدة تشريعية، فما هو مدى هذه المخالفة ، وهل تكون هذه المخالفة جائزة بالنسبة للقواعد الآمرة والمكملة ؟ أم يختلف الأمر ؟ هذا ما سنجيب عنه فيما يلى .

١١٦- العرف المخالف للقواعد القانونية الآمرة :

القواعد القانونية الآمرة التى لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها : إما أن تتعلق بالنظام العام والآداب وهى بذلك تمس المصالح العليا للمجتمع ، وإما أن تتعلق بحماية مصالح خاصة ، - وفى هذا المجال - ذهب بعض الفقه[٣] أيضا

---

[١] د/ أحمد سلامة - السابق ص١٤٢ .

[٢] أنظر : مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ١ ص١٩٦ ، وانظر : استئناف مختلط فى ١٩١٣/١٠/٣١- ٢٤ ص٦٠ .

[٣] السنهورى ، حشمت أبو ستيت - السابق ص٩٣ ، سليمان مرقص - السابق ص٣٢٩ .

إلى التفرقة بين القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام والقواعد الآمرة المتعلقة بحماية المصالح الخاصة ، فالعرف لا يمكن أن يخالف قاعدة تشريعية آمرة من النوع الأول ، ولكنه يمكنه مخالفة قاعدة تشريعية آمرة تتعلق بحماية المصالح الخاصة وسواء - فى هذا الصدد - القاعدة القانونية الآمرة المدنية والتجارية على حد سواء ، ويضربون لذلك مثلا بما نص عليه القانون المصري من عدم جواز تشغيل العمال أكثر من ثمانى ساعات فى اليوم فى صناعات معينة[١] إذ يجوز أن يتكون عرف فى بعض الصناعات يجعل الحد الأقصى أقل من ذلك ويعتبر من هذا القبيل ما جرى به العرف فى فرنسا وعندنا فى ظل التقنين المدنى الملغى من اعتبار المخالصات حجة بتاريخها على الغير ولو لم تكن ثابتة بوجه رسمى وذلك خلافا لنص المادة ١٣٢٨ مدنى فرنسى والمادة ٢٢٨/ ٢٩٣ مدنى مصرى قديم ، القاضى بأن المحررات العرفية لا تكون حجة بتاريخها على الغير إلا من وقت أن يكون لها تاريخ ثابت بوجه رسمى .

وعلى ذلك - طبقا لهذا الرأى - يجوز للعرف المدنى والعرف التجارى أن يخالف أى قاعدة قانونية آمرة لا تتعلق بالنظام العام وتمس المصلحة العليا للمجتمع إذ لا محل للتفرقة فى هذا الشأن بين العرف المدنى والعرف التجارى .

ونحن لا نقر ما ذهب إليه الفقه السابق من جواز مخالفة العرف للنصوص القانونية الآمرة التى تتعلق بحماية المصالح الخاصة ، لأن النصوص القانونية الآمرة المتعلقة بالمصالح الخاصة لا تقل أهمية وخطورة عن النصوص الأخرى المتعلقة بالنظام العام ، فلا يجوز الترخص فى مخالفتها أو إلغائها إلا بنصوص تشريعية آمرة كذلك نزولا على قاعدة أن التشريع أسمى مرتبة من العرف وهو المصدر الأصلى ، والعرف مصدر احتياطى ، ومن ثم

---

[١] أنظر : م ١١٤ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ .

فالقاعدة الاحتياطية الأدنى لا يجوز أن تخالف القاعدة الأصلية الأسمى ، والأخيرة لا يخالفها أو يلغيها إلا ما كان فى مرتبتها .

وذهب فريق ثان من الشراح إلى القول بجواز مخالفة العرف للقواعد الآمرة فى حالات استثنائية نادرة ، هى تلك الحالات التى ينص فيها القانون ذاته على جواز مخالفة العرف للقواعد الآمرة ، أو بعبارة أكثر تحديدا جواز مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون المدنى الآمرة[١] ، ويضربون مثلا لذلك بما نصت عليه المادة ٢٢٢ مدنى بقولها " لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية" فهذه المادة تضمنت قاعدتين آمرتين هما : قاعدة منع الفوائد المركبة ، وقاعدة عدم تجاوز الفوائد لأصل رأس المال ، وقد أباح المشرع الوضعى الخروج عليهما إذا كان ثمة عرف تجارى على خلافهما . ويرى هذا الفريق : أنه ليس فى ذلك إهدار لمبدأ تدرج المصادر الرسمية للقانون ، أو تغليب للعرف على التشريع ، ذلك أن الأمر لا يعدو مجرد تحديد نطاق تطبيق كل من القانون التجارى والقانون المدنى ، والقاعدة فى هذا الشأن أن القانون المدنى يكمل القانون التجارى عند نقصه لأنه هو الأصل العام ، والقانون التجارى هو الحكم الخاص ، ومن المبادئ المسلمة أن القاعدة الخاصة تقيد القاعدة العامة ، فمع وجود هذا العرف التجارى – الخاص– تثبت له الولاية وحده فى مجاله التجارى الخاص دون النصوص المدنية العامة .

ونحن لا نقر ما ذهب إليه هذا الفقه لأنه لا يمكن – كما سبق أن بينا – أبدا أن ينشأ العرف مخالفا لقاعدة آمرة من قواعد التشريع نزولا على مبدأ سمو التشريع على العرف ، فضلا عن أن القواعد القانونية الموجودة فى المادة :

---

[١] د/ حسن كيرة – السابق ص٢٩٢ ، توفيق فرج – السابق ص١٠٢ ، البدراوى – السابق ص٢١٧ ، عبدالودود يحي – السابق ص١٢٢ ، سليمان مرقص– الوضع السابق .

٢٢٢ مدنى ليست قواعد آمرة ، أمكن للعرف التجارى مخالفتها ، بل هى- أى القواعد القانونية الواردة فى المادة المذكورة . من القواعد المكملة بالنسبة للقانون التجارى ، ومن ثم لا يكون فى تطبيق العرف التجارى حينئذ أى مخالفة لقاعدة آمرة فى القانون المدنى ، هذا فضلا عما يراه الفقه[1] من أن تقاضى الفوائد المركبة وزيادة مجموع الفوائد على رأس المال ، وإن كان العرف التجارى جرى بجوازهما فهو بذلك لا يكون عرفا مخالفا لنص قانونى آمر إذ لا وجود لمثل هذا النص فى القانون التجارى وبذلك يكون هذا العرف غير مخالف لقاعدة آمرة فى القانون المدنى والقانون التجارى .

وخلاصة القول- فى نظرنا- : أن العرف التجارى والمدنى لا يستطيع أن يخالف نصا تشريعا آمرا فى القانون المدنى أو القانون التجارى ، فضلا عن كل فروع القانون العام – من باب أولى – نزولا على نص المادتين الأولى والثانية من التقنين المدنى اللتين قررتا مرتبة العرف بالنسبة للتشريع وجعلته- أى العرف- تاليا للتشريع فى المرتبة ، ولا يلجأ إليه إلا عند عدم وجود نص تشريعى يحكم المسألة ، كما قررتا عدم جواز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ، ونزولا على طبيعة تكوين العرف نفسه والتى تستلزم ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب ، والقواعد الآمرة – كما سبق أن بينا فى حينه – معيارها المعنوى مدى تعلقها بالنظام العام والآداب .

١١٧- العرف المخالف للقواعد القانونية المكملة :

انتهينا فيما سبق : إلى عدم جواز مخالفة العرف لأية قاعدة تشريعية آمرة ، أما عن مدى جواز مخالفة العرف لنص قانونى مكمل فإننا نقول :

---

[1] أنظر فى هذا الرأى : عبدالمنعم الصدة – السابق ص١٦٣ -١٦٥ ، جميل الشرقاوى – السابق ص١٤٦-١٤٧ ، منصور مصطفى منصور- السابق ص١٢٥ ، نزيه المهدى – السابق ص١٧٧ – ١٧٨ .

جمهور الفقه المصرى يرى[١] - بحق - جواز مخالفة العرف لنص تشريعى مكمل ، فإذا كان للأفراد أن يتفقوا على ما يخالف القواعد التشريعية المكملة ، فإنه يجوز من باب أولى أن ينشأ عرف مخالف لها ، أى أنه قد توجد قاعدة تشريعية مكملة تضع حكما لمسألة من المسائل ، وينص المشرع الوضعى على عدم إعمال حكمها إلا إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره ، ففى هذه الحالة إذا لم يوجد اتفاق على خلاف حكم القاعدة التشريعية المكملة ، طبق العرف ، فإذا لم يوجد عرف بحكم المسألة طبقت القاعدة التشريعية المكملة .

والتأصيل الصحيح لهذه المسألة- كما يرى البعض[٢] - أن تطبيق العرف هنا لا يعتبر مخالفا للنص التشريعى المكمل ، لأن النص نفسه هو الذى أحال إلى العرف أولا وقبل تطبيقه ذاته على المسألة المعروضة ، لأن النص ذاته يعتبر العرف أقدر على تنظيم المسائل الواردة فيه والمتعلقة بمعاملات الأفراد ، وروابطهم الخاصة ، ولذلك يعتبر العرف فى هذه الحالة إعمالا للنص التشريعى .

ولنضرب بعض الأمثلة على جواز مخالفة العرف للنص التشريعى المكمل :

أ- تنص المادة ١/٤٥٧ مدنى على أنه : "يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " .

---

[١] توفيق فرج- السابق ص١٠٤ ، حسن كيرة- السابق ص٢٩٤ ، جميل الشرقاوى - السابق هامش ١ ص١٤٦ ، البدراوى - السابق ص٢١٦ ، سمير تناغو - السابق ص٤٨١ ، جمال زكى ص١٢٧ ، وانظر : مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص١٨٧، ١٨٨.

[٢] د/ نزيه المهدى - المرجع السابق ص١٧٤.

ب- تنص المادة ٤٦٣ مدنى على أنه : "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمنا لتسلم المبيع وجب على المشترى أن يسلمه فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن " .

جـ- تنص المادة ٦٥٦ مدنى والخاصة بعقد المقاولة على أنه : "يستحق دفع الأجرة عن تسلم العمل إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك " .

د- أنظر على سبيل المثال أيضا المواد : ٤٦٤ ، ٤٦٢، ٤٥٦ ، من القانون المدنى المصري ويثور التساؤل - بعد ذلك - عن مدى جواز مخالفة العرف للقواعد المكملة التى لم يقضى النص التشريعى فيها صراحة بترجيح العرف على القاعدة المكملة ؟ .

رأيان :

الرأي الأول : ذهب الرأى السائد فى الفقه المصرى[1] إلى أنه يجوز أن ينشأ عرف مخالف لقاعدة قانونية مكملة حتى ولو لم يوجد بها نص يجيز للعرف مخالفتها ، لأنها قواعد لا تتعلق بالمصلحة العامة ، بل تنظم شئون الأفراد الخاصة . وليس هناك ما يمنع أن يعتادوا فى سلوكهم على مخالفة حكمها حتى تنشأ قاعدة عرفية مخالفة فى هذا الشأن بحيث لا يفسر العرف المخالف فى هذه الحالة بأنه يحمل معنى إلغاء النص المكمل ، لأن العرف لا يملك إلغاء التشريع باعتباره أدنى مرتبة منه ، ولكن يمكن تفسير العرف المخالف بأنه يحمل محمل اتفاق الأفراد وتراضيهم على عكس القاعدة المكملة، بحيث لا يكون لها من أثر إلا مجرد استبعاد تطبيقها دون الامتداد إلى إلغائها .

---

(١) توفيق فرج - السابق ص١٠٥ ، أحمد سلامة - السابق ص١٤٢، جميل الشرقاوى - السابق ص١٤٦ ، عبدالمنعم البدراوى - السابق ص٢١٩ ، منصور مصطفى منصور - السابق ص١٢٤، ١٢٥ ، عبدالودود يحي- السابق ص١٢١ ، عبدالفتاح عبدالباقى - السابق ص١٥٨ ، حسن كيرة - السابق ص٢٩٥ ، نزيه المهدى - السابق ص١٧٥.

الرأى الثانى : ونحن لا نؤيد الفقه السابق فيما ذهب إليه ، ونرى أن الرأى الأولى بالقبول هو ما ذهب إليه أصحاب الرأى الآخر[1] – فى هذا الشأن أنه لا يجوز للعرف أن يخالف قاعدة قانونية مكملة إلا إذا كان نص تلك القاعدة نفسه يجيز للعرف مخالفتها ، لأن القول بغير ذلك يخالف المبدأ العام المنصوص عليه فى المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى والذى يقضى بأنه إذا وجدت فى المسالة الواحدة قاعدة تشريعية وأخرى عرفية طبقت الأولى دون الثانية .

هذا فضلا عن أن القواعد العرفية – باعتبارها قواعد غير مكتوبة – هى قواعد غير منضبطة وتكون محلا للجدل والشك بين المتعاملين بها مما يؤدى إلى عدم استقرار المعاملات بين الأفراد ، وليس هذا شأن القواعد القانونية أبدا، كما أن قواعد العرف لا يسهل معرفة مضمونها أو بداية سريانها كما سبق ذكره تفصيلا عند الحديث عن عيوب العرف .

---

[1] د/ نزيه المهدى – المرجع السابق ص١٧٤.

المبحث الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

١١٨- مركز الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون الوضعي :

سبق أن ذكرنا أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الاحتياطي للقانون بعد التشريع والعرف وذلك طبقا للمادة الأولى من التقنين المدني المصري التي نصت على أنه : "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد الشريعة الإسلامية " .

على أن الشريعة الإسلامية اختلف مركزها كمصدر من مصادر القانون المصري تبعا للظروف والأحوال الآتية :

أ- الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا تاريخيا لبعض أحكام القانون المصري، فقد أخذ المشرع الوضعي المصري بعض أحكام القوانين التي وضعها من مبادئ الشريعة الإسلامية كقانون الميراث ، وقانون الوقف ، وقانون الوصية ، وقانون الولاية على المال ، فهذه القوانين مأخوذة عن الفقه الإسلامي ، ومن ثم وجب الرجوع في تفسير هذه القوانين إلى فقه الشريعة الإسلامية عند غموض نصها أو إبهام أو إجماله .

وبمطالعة التقنين المدني المصري نجد أنه يحتوي على أحكام قانونية كثيرة استمدها من الفقه الإسلامي ، مثل نظرية التعسف في استعمال الحق ، ونظرية الظروف الطارئة ، وحوالة الدين ، والأحكام

(التفصيلية) الخاصة بمجلس العقد ، والحكر ، والوقف ، وإيجار الأراضى الزراعية ، ووقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده ، وأحكام الأهلية ، ومرض الموت ، والشفعة ، والهبة ، وخيار الرؤية فى العين ، والحائط المشترك ... الخ [١] .

ب- الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا تاليا للتشريع مباشرة فى مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين المتحدين فى الدين والمذهب والملة ، ووفق أرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة .

جـ- مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الثالث للقانون بعد التشريع والعرف وذلك فى المسائل المدنية والمعاملات المالية ، وهو ما سنتحدث عنه تفصيلا .

١١٩- مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمى احتياطى للقانون :

يقصد بمفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمى احتياطى لقانون: المبادئ العامة للشريعة الإسلامية وأصولها الكلية التى لا يختلف جوهرها باختلاف المذهب الفقهى الإسلامى ، ودون النظر إلى الأحكام الجزئية التفصيلية التى يختلف فيها كل مذهب أو فقيه عن الآخر[٢] .

ويتضح من هذا المفهوم أن مدلول الشريعة الإسلامية بحسبانها مصدرا للأحوال العينية يختلف عن مدلولها باعتبارها مصدرا للأحوال الشخصية ، ففى الأخيرة يقصد بالشريعة الإسلامية الراجح من المذهب الحنفى أو أى مذهب

---

(١) أنظر : د/ عبدالمنعم البدراوى - السابق ص٢٢٢- ٢٢٣.

(٢) أنظر فى ذلك : د/ عبدالناصر توفيق العطار - المرجع السابق ص٢٥٧ ، حسن كيرة - السابق ص٢١٩ ، جمال زكى - السابق ص١٣٢ ، د/ نزيه المهدى - السابق ص١٧٩، أحمد سلامة - السابق ص١٥٢ ، عبدالودود يحي - السابق ص١٠٧ ، حمدى عبدالرحمن - المدخل إلى القانون - بند ٥٦ ط١٩٧٧ ، جميل الشرقاوى - السابق ص١٤٨ ، الصدة - السابق ص١٦٩

آخر ينص عليه قانون الأحوال الشخصية ، أما فى الأحوال العينية (مسائل المعاملات المالية) فهى المبادئ الأساسية التى يمكن استخلاصها من كتب الفقه الإسلامى ، ومن ثم فالقاضى لا يتقيد فى مسائل المعاملات المدنية بالراجح من المذهب الحنفى كما هو الحال فى مسائل الأحوال الشخصية ، بل له أن يختار رأى آخر فى المذهب الحنفى ، أو رأيا غيره فى مذهب آخر من مذاهب الفقه الإسلامى غير المذهب الحنفى حتى ولو كان فى مذهب غير مشروع كمذهب الزيدية ، والإمامية .

ويرى جمهور الفقه المصرى[١] أنه يراعى عند الأخذ بأحكام الفقه الإسلامى عدم التعارض بينها وبين المبادئ التى يقوم عليها التقنين المدنى حتى لا يفقد التقنين المدنى تجانسه وانسجامه ، فإذا رأى القاضى تنافرا بين مبـ : الشريعة الإسلامية وبين ما يقرره أحد مذاهب الفقه الإسلامى كان عليه طرح هذا المذهب والبحث عن مذهب أو مذاهب أخرى تتسق مع هذه المبادئ أو تطبيق مبادئ القانون الوضعى مباشرة عند تعذر وجود ما ينسجم مع مبادئه من أحكام الفقه الإسلامى .

غير أننا نميل إلى ما ذهب إليه بعض الفقه المعاصر[٢] من أن مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطى للقانون يعمل بها حتى ولو تعارض العمل بها مع المبادئ العامة التى يقوم عليها القانون سواء وردت هذه المبادئ فى التشريع كالتقنين المدنى أو وردت فى عرف ، وعلة ذلك أن الشريعة الإسلامية بمقتضى دستور مصر الحالى هى المصدر الرئيسى للقانون ومن ثم يجب تقديم أحكامها على القواعد القانونية الأخرى عند التعارض أو عدم الانسجام ، لأن ما عداها يستمد أحكامه منها ، والفرع لا يقدم على الأصل إلا لضرورة ، وقد

---

[١] السنهورى ، حشمت أبو ستيت – الوسيط جـ١ ص٤٩ ، أحمد سلامة – السابق ص١٢٢، حسن كيرة – السابق ص٢٩٩ ، جمال زكى – السابق ص١٣٣ ، نعمان جمعه – السابق ص٢١٦ ، البدراوى – السابق ص٢٢٥ .

[٢] عبدالناصر العطار – السابق ص٢٥٩ .

كان للنظر السابق مبرراته[1] قبل اعتبار الدستور مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للقانون حيث كان التقنين المدنى يحظى بما يشبه القدسية ، ولنصوصه مهابة كبرى ، إلا أن هذه القدسية وتلك المهابة توارت الآن بعد النص فى الدستور على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى التى يجب تطبيقها أولا وقبل التشريع والعرف إما عن طريق تعديل المادة الأولى من التقنين المدنى ، وإما عن طريق طعن المتقاضين بعدم دستورية أى تشريع وضعى يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، وعلى المحكمة الدستورية أن تراعى بعين الحكمة طلبات المتقاضين والمحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى فى هذا الصدد احتراما لشعور ديانة غالبية الشعب المصرى ، واحتراما لوجوب تطبيق حكم الله ومنهج الشريعة الإسلامية فى مسائل المعاملات المالية حتى ينصلح حال العباد والبلاد .

---

(1) كان الاتجاه التشريعى فى بداية مراحل المشرع التمهيدى للقانون المدنى المصرى هو عدم الاعتراف بالشريعة الإسلامية كمصدر عام لأحكام المعاملات المدنية فى القانون والاقتصار على كونها مصدرا استثنائيا يستهدى به القاضى ويستلهم منه بعض الأحكام كما هو الشأن بالنسبة للفقه والقضاء ، وفى لجنة المراجعة – وبناء على اقتراح الدكتور عبدالرزاق السنهورى – أجرى تعديل على المادة الأولى من المشروع التمهيدى للقانون المدنى – وتم صياغتها على النحو الذى هى عليه الأن وبموجبه تعتبر الشريعة الإسلامية هى المصدر الرسمى الاحتياطى الثالث للقانون بعد التشريع والعرف ، (أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص١٩١، ١٩٢) .

المبحث الرابع

مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة

١٢٠- الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة فى التشريع الوضعى المصرى :

اعتبر المشرع الوضعى المصرى القانون الطبيعى وقواعد العدالة : المصدر الرسمى الاحتياطى الرابع للقانون ، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى على أن مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة : مصدرا احتياطيا يلجأ إليه القاضى فى النهاية إذا لم يجد نصا تشريعيا أو عرفا ولم يجد فى مبادئ الشريعة الإسلامية حلا للنزاع المعروض عليه .

فما هو مفهوم القانون الطبيعى الذى أحال إليه المشرع الوضعى ، وما هى قواعد العدالة ؟ هذا ما سنتحدث عنه فى البنود الآتية .

١٢١- مدلول "القانون الطبيعى" ، "العدالة" فى العصر الحديث :

لا يوجد حتى الآن مدلول محدد لاصطلاح القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، مما أدى إلى وجود مناهج مختلفة لكل منهما عند كثير من الفقهاء .

وفى محاولة لإعطاء تعريف محدد لكل منهما :

ذهب جانب من الفقه المعاصر[1] إلى أن **القانون الطبيعى** : هو المبادئ التى يكشفها العقل والتى تمثل الكمال والتى يهتدى بها المشرع عند وضعه

(1) د/ أحمد سلامة – السابق ص١٥٥ .

للقانون ، **أما العدالة** فهى القواعد التفصيلية التى تهدف إلى إعطاء كل ذى حق حقه .

وذهب جانب آخر من الفقه المصرى المعاصر : بأن **القانون الطبيعى** هو مجموعة القواعد أو المبادئ التى يستخلصها العقل البشرى من طبيعة الروابط الاجتماعية باعتبارها المثل الأعلى الذى يهتدى به المشرع الوضعى حتى يقترب من الكمال(١) ، والعدالة هى شعور كامن فى النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستنير ويهدف إلى إيتاء كل ذى حق حقه ، أى تحقيق المساواة بين الحالات المتماثلة مع مراعاة ظروفها وملابساتها .

وذهب فريق ثالث(٢) من الفقه المصرى : إلى أن مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة هما تعبيران يقصد بهما معنى واحد رغم ما قد ينم عنه التعبير بأنهما مصدران مختلفان لأن مبادئ القانون الطبيعى تعنى القانون الذى تفرضه الطبيعة ذاتها لتحكم سلوك البشر ، وهى لابد أن تكون بهذا المعنى مطابقة لقواعد العدالة لأن الطبيعة لا يمكن أن تفرض قاعدة غير عادلة .

١٢٢- تقييم هذه المدلولات المختلفة لمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة :

استبان لنا من عرض آراء الفقهاء في تعريف مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة أن جماع هذه الآراء لا تعطى فى رأينا (٣) مدلولا واضحا لماهية القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، ولذلك فالرأى الأولى بالقبول لدينا أن اصطلاح القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا يعنى قواعد محددة يمكن للقاضى الرجوع إليها على سبيل الدقة مثل التشريع أو العرف ، بل هى مجرد مبادئ أو

---

(١) أنظر فى هذا المعنى : عبدالمنعم البدراوى – السابق ص٢٢٦ ، عبدالودود يحي – السابق ص١٠٠ ط١٩٨٣.

(٢) د/ جميل الشرقاوى – السابق بند ٥٢ .

(٣) أنظر : مؤلفنا – دروس فى المبادئ العامة لتاريخ القانون ص١٨٢ ط ١٩٨٣.

ضوابط عامة يستخلص منها فى كل حال القواعد التى تطبق على النزاع المعروض فى ضوء ظروفه وملابساته الخاصة ، بمعنى أن المقصود بالإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة هو بمثابة دعوة إلى القاضى بأن يجتهد برأيه[١] لاستنباط حكم يحكم النزاع المعروض عليه عند عدم وجود نص تشريعى أو عرف أو أحد مبادئ الشريعة الإسلامية ، وحتى لا يقع تحت طائلة العقاب إن هو امتنع عن حكم فى نزاع معروض عليه حتى ولو كان هذا الامتناع بحجة عدم وجود نص فى القانون أو بأن النص غير صريح أو بأى وجه آخر (أنظر المادة ١٢٢ من قانون العقوبات المصرى) .

وبذلك يظهر أن اصلاح القانون الطبيعى وقواعد العدالة أن القاضى يصدر حكمة – فى هذا الصدد – مؤسسا على اعتبارات موضوعية عامة ،فلا يتاثر بافكارة الذاتية الخاصة[٢] .

ونحن نرى أن القاضى يمكنه اللجوء إلى " القانون المقارن " (المبادىء المشتركة فى قوانين الدول المتمدينة) لكى يستمد منها القواعد التى قد تسعفه فى حكم النزاع المعروض عليه عندما لا يجد قاعدة فى المصادر الرسمية ، وبذلك يستطيع القاضى أن يستبدل بهذا المصدر ما سارت عليه المحاكم المصرية فعلا حينما اتبعت بعض القواعد المقررة فى تشريعات اجنبية أو فى اتفاقات دولية[٣] على على خصومات معروضة عليها لم تجد لها حلا فى التشريع والعرف ومبادىء الشريعة الاسلامية .

---

[١] أنظر : البدراوى – السابق ص٢٢٧ ، أحمد سلامة – السابق ص١٠٢ ، عبدالناصر العطار – السابق ص٢٧٥ ، الصدة – السابق ص١٧٤ ، عبدالودود يحي – السابق ص١١٠ ، نزيه المهدى – السابق ص١٨٤، وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص١٨٣- ١٨٨ .

[٢] توفيق فرج – السابق ص١١٢ .

[٣] عبدالمنعم البدراوى – السابق ص٢٢٨ .

١٢٣- حدود تطبيق مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة :

القاضى مقيد فى اجتهاده باستخلاص الحكم من مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة بعدم وجود حكم فى تشريع أو عرف أو فى مبادىء الشريعة الاسلامية يحكم النزاع المعروض عليه ، ومن ثم لا يستطيع القاضى أن يخرج على النصوص التشريعية ويلجأ إلى تطبيق ما يراه عادلا ، مهما بدا له من أن تلك النصوص لا تتفق مع مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة وفق تقديره ، فلا يجوز للقاضى أن يقضى بغير القواعد التشريعية أو العرفية الواجبة التطبيق من مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة بحجة مراعاة العدل والإنصاف ، كما لا يجوز للقاضى أن يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعى والعدالة " إذا كان يمكن سد النقص باستعمال القياس ، فعن طريق القياس يستطيع القاضى تعدية الحكم الوارد فى النصوص إلى حالات أخرى لم يرد بشأنها نص لاتحاد العلة أو الحكمة "[1] .

١٢٤- أمثلة لتطبيقات المحاكم لمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة :

رجعت المحاكم إلى القانون الطبيعى وقواعد العدالة وطبقتها فى أحوال مختلفة نجتزئ منها :

١- التعسف فى استعمال الحق :

استطاع القضاء أن يقرر مسئولية صاحب الحق إذ هو تعسف فى استعمال الحق وترتب على فعله هذا أضرار بالغير كالمالك الذى يقيم جدارا عاليا فى ملكه ، به يحجب الهواء والنور عن جاره ، وكرب العمل الذى يفصل العامل دون أن يرتكب خطأ أو تقصيرا فى عمله مما يصيب العامل بضرر من جراء هذا الفصل ، فالمالك ورب العمل والمتقاضون

---

[1] البدراوى- السابق ص٢٢٩ .

يسألون إذا هم استعملوا حقهم للإضرار بالغير ، ورد القضاء المصرى نظرية التعسف فى استعمال الحق إلى قواعد العدالة ، ثم عاد وردها إلى القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية [١] .

٢- إذا انعدم النص فى القانون ولم يوجد عرف ، أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية يقضى بالتزام رب العمل بإعطاء العامل شهادة خلو طرف عند انتهاء العلاقة بينه وبين رب العمل ، لجأت المحاكم فى مثل هذه الأحوال إلى تأسيس هذا الالتزام على قواعد العدالة عملا بالمادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية [٢] .

٣- مسئولية عديم التمييز :

اعتبرت بعض المحاكم أن مسئولية عديم التمييز حالة غير منصوص عليها وقضت بمسئولية المجنون عما أحدثه من ضرر بالغير بناء على قواعد العدالة[٣] .

٤- الدوطـــة :

جاء القانون المصرى خلوا من النص على الدوطـــة وأحكامها وإزاء ذلك لجأت المحاكم فى شأنها إلى قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعى والعرف[٤] .

وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة المصادر الرسمية الأربعة للقانون وهى: التشريع ، والعرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ، ومبادئ القانون الطبيعى ، وقواعد العدالة .

---

[١] أنظر : سليمان مرقص- مصادر الالتزام ط١٩٦٠ بند ٤٢٦ ، البدراوى - السابق ص٢٢٩ .

[٢] نقض مدنى - فى ١٨ مايو ١٩٥٠ - مجموعة أحكام النقض المدنى ١ - ٥١٦- ١٣٠.

[٣] أنظر : سليمان مرقص - المدخل للعلوم القانونية ص٣٧٠ ط١٩٦٧ والأحكام المشار إليها فى هامش ٥ من ذات الصحيفة .

[٤] نقض مدنى فى ٤٣/٥/٢٧ - مجموعة القواعد القانونية -٤-١٧٠- ٦٤ .

وجدير بالذكر أن جمهور الفقه المصرى درج على معالجة " الدين" كمصدر من مصادر القانون وهو يأتى فى المرتبة الثانية بعد التشريع بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية للمسلمين وغيرهم .

ونحن نرى إرجاء دراسة الدين كمصدر للقانون إلى دراسة الأحوال الشخصية نظرا لضيق الوقت من ناحية واتصاله الوثيق بالأحوال الشخصية من ناحية أخرى ، فضلا عن أنه لم يرد نص بشأنه كمصدر للقانون فى المجموعة المدنية المصرية .

ولذلك فسنعرج الآن فى الفصل القادم على دراسة المصادر التفسيرية للقانون .

الفصل الثاني

المصـادر التفسيرية للقـانون
الفقــه والقضـــاء

١٢٥- تمهيـــد :

يطلق على الفقه والقضاء المصـادر التفسيرية للقانون ، ومعنـى هذا أن القاضى لا يلجأ لهذا المصدر التفسيرى إلا إذا لـم يهتدى إلى القاعدة القانونية المستقاة من أحد المصادر الرسمية الأربعة السابق بيان أحكامها فى الفصل السابق .

ومعنى كونها مصادر تفسيرية أن القاضى وهو يصدر تطبيـق أى قاعدة رسمية للقانون قد يقتضى الأمر منه تفسيرها إذا كانت فى حاجة إلى تفسير ، ويعاونه فى ذلك أساتذة ورجال الفقه فيما يبدون من أفكار ، وفيما ينشرون من مؤلفات وأبحـاث .

ويمتاز التفسير القضـائى بالناحية العملية ، بينما يمتاز التفسير الفقهى بالناحية الأكاديمية أو الناحية العلمية والنظرية .

والفقه والقضـاء بـالمعنى السـابق لا يلزمـان أحدا مهما كانت قوتهما ، فرأى الفقيه مهما سمت مكانته ، وقضاء المحاكم مهما علت درجاتها لا يلزم من الناحية القانونية أو النظرية القضاء بمختلف درجاته ، ومع هذا لا يفهم من ذلك أن عملهما مجرد من كل قيمة ، بل تبدو قيمة وأهمية وخطورة عملهما من تلك الآراء التى يبديها الفقه ، وبأحكام القضاء السابقة مما يؤدى فى كثير من الأحيان إلى خلق القواعد القانونية ، كما يستنار عند تعديل القوانين بـأراء

الفقهاء وأحكام القضاء ، ومن هنا وصف هذان المصدران بأنهما من مصادر الاستئناس أو الإقناع sources persuascive .

وسنحاول معالجة كل من الفقه والقضاء كمصدرين من مصادر القانون التفسيرية كل فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

الفقــــه

١٢٦- معنى الفقــه :

لفظ " الفقــه " La doctrine لفظ مزدوج المعنى ، فهو يطلق على أحد معنييـن :

أولهمــا : الآراء الصــادرة عن المشـتغلين بعلـم القـانون شـرحا وتحليـلا وتأصيلا للقواعد التى تضمنهـا[١] .

وثانيهما : القائمين بدراسة القـانون والبحث فى علمه[٢] ، أو من يسمـون بالفقهـــاء .

وبذلك يتبين أن المقصـود بالفقـه : الفقهــاء الذيـن يشـرحون القـانون ، أو مجموعة آراء علمــاء القـانون الذيـن يعرضـون بهـا لشـرح القـانون ، وتفسـيره ونقده، سواء أكان ذلك فى مؤلفاتهم أم فى فتاويهم ، أم فى تعاليمهم استنادا إلـى الطرق العلمية فى استنباط الأحكام القانونية من مصادرها العلمية[٣] .

وإذ نحن أمعنا النظر فى ماهية القانون على النحو السابق نـرى أن دوره يتجلى فى مظهرين مختلفين : مظهـر عملـى ، ومظهـر نظـرى ، أمـا المظهـر الأول فيتولـى الفقـه فيـه شـرح مختلـف القوانيـن ، وبيــان أحكامهـا ، وتحديـد

---

[١] د/ أحمد سلامة – المرجع السابق – ص١٥٧ .

[٢] جمال زكى – السابق ص١٥٦ ، عبدالناصر العطار – السابق ص٢٧٨ .

[٣] أنظر : سليمان مرقص– السابق ص٣٧٢ ، حسن كيرة – السـابق ص٢١١ ، عبدالمنعم الصـدة – السـابق ص١٨٧ ، نزيـه المهـدى – السـابق ص١٩١، والبـدراوى – السـابق ص٢٣٤.

مضمونها ، وتفسيرها ، وبيان حدودها ، تمهيدا لتطبيقها على مختلف الفروض وعلى كل الوقائع الفعلية ، وأما المظهر الثانى فيتولى الفقيه فيه رد القواعد القانونية التفصيلية إلى أصولها لإقامة النظريات العامة للقانون ، ثم هو بعد ذلك يجمع مختلف القواعد القانونية فى قواعد أخرى أعم ، فيبين المبادئ الذى يقوم عليها التشريع فى جملته[١] .

١٢٧- دور الفقه فى القوانين القديمة :

كان للفقيه أهمية بالغة فى القوانين القديمة ، وكان آنذاك يعتبر مصدرا رسميا للقواعد القانونية وهو ما نلمسه بوضوح فى القانون الرومانى حيث كان لجهد الفقهاء فيه أثر كبير فى تكوين القانون وفى تقدمه وتطوره ، وكان القضاة يلتزمون فى أحكامهم بآراء الفقهاء وفتاويهم وتعاليمهم ، وحينما دخل القانون الرومانى مرحلة تطوره العلمى ، دونت المؤلفات القانونية إلى جانب الفتاوى العملية ، وأصبح تدريس القانون علميا ، أكثر منه عمليا واعترف للفقه بأنه مصدر رسمى للقانون ، حيث جعل لبعض الفقهاء المشهورين حق إعطاء فتاوى قانونية تلزم القضاة فى أحكامهم ، وكان أشهر هؤلاء الفقهاء : بابينيان ، جابوس ، وإيلبيان ، وبول ، ومودستان ، بل وحينما وضع جوستنيان مجاميعه القانونية المشهورة فى القرن السادس الميلادى أخذها من آراء وأقوال الفقهاء الخمسة السابقة ذكرهم ، ومما نقل عنهم هؤلاء الفقهاء [٢] .

١٢٨- منزلة الفقه فى الشريعة الإسلامية :

كان للفقه دوره الخطير والعظيم فى الشريعة الإسلامية ، فمن المعروف أن القرآن الكريم والسنة النبوية هما المصدران الأصليان للشريعة الإسلامية ،

---

[١] د/ أحمد سلامة – السابق ص١٥٨، وانظر : نزيه المهدى – السابق ص١٩١ .

[٢] د/ عبدالرازق السنهورى ، حشمت أبو ستيت – السابق ص١٢٠-١٢١ ، وجمال زكى – السابق ص١٥٦- ١٥٧ ، نزيه المهدى – السابق ص١٩٢ ، عبدالودود يحى – السابق ص١٣٠ ، حسن كيرة – السابق ص٣١٢ هامش ١ .

وقد تضمنا هذان المصدران المبادئ العامة لأحكام المشرع الإسلامى مع تفصيل بعض الأحكام التى تنظم حقوق الله ومصالح الجماعة ، فكان للفقه دوره البارز فى شرح الأحكام والمبادئ العامة الواردة فى الكتاب والسُنة ، مبينا مجال وشروط تطبيقها على الوقائع المختلفة ، وقد كان الصحابة رضى الله عنهم والتابعين من بعدهم يفتون عامة المسلمين فيما يعن لهم من وقائع ومسائل استجدت بعد وفاة الرسول (صلى الله عليه وسلم) ، وكانت هذه الفتاوى تتم وفقا لأحكام القرآن والسنة ، واعتبرت بذلك من الأدلة الشرعية فى أصول الفقه الإسلامى .

وحينما واصل التابعون وتابعيهم الافتاء للمسلمين فيما يستجد لهم من مسائل تكونت بذلك ثروة هائلة من الآراء الفقهية واستنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية ، وكان لذلك أثر كبير فى تكوين الشريعة الإسلامية لاسيما فى عهد الدولة العباسية حين ظهر أئمة المذاهب وتكونت المذاهب الأربعة المشهورة ، المذهب الحنفى ، المذهب المالكى ، المذهب الشافعى ، المذهب الحنبلى .

ويرى بعض الفقه أن فقه الصحابة وتابعيهم وتابعى تابعيهم إلى يوم الدين يقتصر دوره فى الشريعة الإسلامية على الاستنباط من أحكام القرآن والسنة وفقا للأصول الشرعية فى نطاق المبادئ العامة للقرآن والسنة ، دون أن يكون له أن يعدل عن حكم وارد فى القرآن والسنة أو يأت بحكم جديد يتعارض مع مبادئها ، ولهذا يمكن القول بأن الفقه فى الشريعة الإسلامية لا يعتبر مصدرا رسميا أصليا لها ، ولا يعدو أن يكون مصدرا تفسيريا لمصدريها الأصليين وهما القرآن والسنة[1] .

ولكننا نرى أن الفقه السابق محل نظر وأن صحيح القول فى رأينا – هو أن آراء الصحابة وتابعيهم وتابعى التابعين وعلى الجملة آراء الفقه الإسلامى الصحيح – يعتبر مصدرا رسميا أصليا من مصادر الشريعة الإسلامية ، ذلك

---

[1] د/ عبدالناصر توفيق العطار – المرجع السابق ص٢٧٩-٢٨٠ .

أن مصـادر الشـريعة الإسـلامية المعتمـدة عنـد جمهـور الفقهـاء : أربعـة هـى : الكتــاب والسنــة ، والقيــاس ، والإجمـاع ، والأخـير يقصـد بـه اتفـاق آراء مجتهدى الأمة الإسلامية على حكم معين فى مسألة معينة .

فإذا ما اتفقت آراء فقهاء ومجتهدى الأمة الإسلامية على حكـم معيـن فـى مسألة معينة ولم يرد ما يمنع الأخذ بهذا الحكم فـى الكتـاب والسنة كـان هـذا الحكم ملزما كحكم شرعى يجب اتباعه وأمثلة ذلك كثيرة فى الشريعة الإسلامية منها منع الزكاة عـن المؤلفـة قلوبهم فـى عهد عمـر بـن الخطـاب بعد موافقة الصحابة على هذا الرأى ، ومنها المسألة الحجرية فى الميراث وغير ذلك كثير من اجتهادات الفقهاء المسلمون .

وخلاصـة القـول أن الفقـه الإسـلامى لعب دورا خطـيرا ، وعلـى يديـه اذدهـرت وترعـرت الأحكـام وأحـاطت بكـل مشـاكل العصـر الـذى راجـت فيـه الحركة الفقهية ، وخلف لنا الفقهاء آثارا خالدة على مر الزمان ، ومن ثم كـانت هذه الآراء أحد المصادر الرسمية للفقه الإسلامى (١) .

١٢٩- الفقه مصدر تفسيرى للقانون فى العصر الحديث :

فقد فقه القانون الوضعى فى العصر الحديث قوته الملزمة ، وانعدم دوره كمصدر رسمى للقواعد القانونية ولم يعد لآراء فقيه مهما عـلا شـأنه ولا لآراء جمهرة الفقهاء قوة إلزام قانونية يخضع لها القضاء أو يتقيد بها ، وبذلك اصبح دور الفقه اليوم قاصرا على تفسير القانون حسبما يلهمه منطقه وتكوينه ، وهـو ينصـح ولا يـأمر ، ويرجـع القـاضى إلـى آراء الفقهـاء علـى سـبيل الاسـتئناس والاسترشاد فحسب .

وفى القـانون المصـرى ، لا يعدو دور الفقـه أن يكـون مصـدرا تفسـيريا للقانون كما هو الشأن فى القوانين والشرائع الحديثة - من هنا يصبح الفقـه فـى

(١) قرب من هذا : أحمد سلامة - السابق ص١٥٨ ، نزيه المهدى - السابق ص١٩٣ .

مصر مصدرا ماديا للقاعدة القانونية ، بل أن اللجان التى تتكون لتعديل أو مراجعة أو وضع تشريع من التشريعات تتكون من أعضاء أغلبهم من رجال الفقه ، وبذلك يكون الفقه هو المشرع الوضعى فى الحقيقة ، إذ أن السلطة التشريعية لا تعمل أكثر من إعطاء قوة الإلزام لما استقر عليه رجال الفقه فى هذه اللجان[١] .

[١] أنظر : أحمد سلامة - السابق ص١٥٩ ، حسن كيرة - السابق ص٢١٢- ٢١٣ ، الصدة - السابق ص١٨٠- ١٨١ ، جميل الشرقاوى - السابق ص١٦٠ ، سليمان مرقص - السابق ص٣٨٥ ، جمال الدين زكى - السابق ص١٥٧- ١٥٩ .

المبحث الثاني

القضـــاء

١٣٠- تعريف القضـــاء :

يطلق لفظ القضـــاء على أحد معانى ثلاثة[١] :

الأول : مجموع المحاكم التى تكون السلطة القضائية والتى تتولى الفصل فى المنازعات التى تثار أمامها ، وبهذا المعنى يكون الكلام عن استقلال القضاء ، وتقسيم القضاء إلى قضاء عادى ، وقضاء إدارى .

الثاني : الأحكام التى تصدرها المحاكم ، وعلى هذا الأساس يقال أن القضاء قد فصل فى أمر معين .

الثالث : مجموع المبادئ القانونية التى تستخلص من استقرار المحاكم على اتباعها والحكم بها[٢] .

وعلى هذا الأساس يقال أن القضاء قد استقر أو اطرد على الأخذ بتفسير معين لنص معين ، وهذا المعنى الأخير للقضاء هو المقصود هنا باعتباره مصدرا تفسيريا للقانون ، إذ أن استقرار المحاكم على مبدأ قانونى معين هو مناط تفسير نص معين[٣] .

---

[١] د/ أحمد سلامة – المدخل لدراسة القانون – السابق ص١٦٠ ، د/ جميل الشرقاوى – المدخل –ص١٤٦ ط١٩٨٤ .

[٢] د/ حسن كيرة – المدخل إلى القانون ص٢١٤ ط٥ ، د/ عبدالودود يحي – مبادئ القانون – ص١١٥ ط٨٢-١٩٨٣م .

[٣] د/ عبدالفتاح عبدالباقى – السابق ص١٧٧.

وقد تفاوت حظ القضاء- باعتباره مصدرا رسميا للقانون - تفوتا كبيرا باختلاف العصور والأنظمة القانونية المختلفة - ونعرض بإيجاز لاختلاف النظر إليه فى هذا الشأن .

١٣١- القضاء عند الرومان :

كان القضاء عند الرومان مصدرا رسميا للقانون ، فقد كان "البريتور" عند ولايته القضاء - وكان يتولاه لمدة سنة - يصدر منشورا يبين فيه القواعد التى يعتزم السير عليها فى قبول كل نوع من الدعاوى أو الدفوع وإلزام الناس بها[١] ، وكان الخلف يعدل فى منشور السلف أو يضيف إليه ما تقضى به الضرورة حتى تكون ما سمى بـ" المنشور الدائم " الذى استمر العمل به حتى عهد الامبراطورية ، ثم جمع تجميعا رسميا فيما عرف بعد ذلك باسم " القانون البريتورى" وهو كله من صنع القضاء ، وبقى مستقلا عن القانون المدنى حتى عهد جستنيان حيث امتزجا وأصبحا قانونا واحدا .

١٣٢- القضاء فى القانون الانجليزى :

لازال القضاء الانجليزى- حتى اليوم- من أهم المصادر الرسمية للقانون ، لأن النظام القانونى الانجليزى يقوم فى جزء كبير منه على اساس "السابقة القضائية" أو " السابقة الملزمة " ومعناها " أن المبدأ القانونى الذى طبقه حكم من الأحكام يكون ملزما للقاضى الذى ينظر مسألة مماثلة أو شبيهة، حيث يكون هذا القاضى الثانى من نفس درجة القاضى الأول أو أقل منه[٢] ومن ثم تتقيد كل محكمة بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة ، بل تتقيد المحاكم العليا بما سبق أن أصدرته هى نفسها من أحكام مما يجعل للحكم القضائى قوة إلزام فى العمل فيما يطبق أو ينشئ من قواعد قانونية - ولا يجوز - بعد ذلك

---

[١] د/ سليمان مرقص - المدخل للعلوم القانونية جـ١ ص٤٨٥ الطبعة السادسة ، وانظر : د/ عبدالرزاق السنهورى ، د/ حشمت أبو ستيت - أصول القانون ط١٩٤١ ف١٠٢ .

[٢] د/ أحمد سلامة - السابق ص١٦١ .

- مخالفة هذه القاعدة القانونية أو الامتناع عن تطبيقها فى نزاع مشابه أو مماثل[١] . ومن ثم فالقضاء فى انجلترا يعتبر مصدرا رسميا للقانون لأن- القواعد المستمدة من الأحكام القضائية تكون لها قوة ملزمة كالقواعد التشريعية تماما .

١٣٣- القضاء فى القانون الفرنسى :

القضاء فى فرنسا- وكل الدول اللاتينية - يعتبر مصدرا تفسيريا للقانون، إذ أن دور القضاء يقتصر على تطبيق القانون وتفسيره ولكن لا يخالفه، وقد عبرت المادة الخامسة من القانون المدنى الفرنسى عن ذلك بوضوح حين قررت : انه يحظر على القاضى إصدار أحكام عامة لها صفة تنظيمية لتطبق فى القضايا المماثلة مستقبلا ، فالقضاء أصبح مصدرا تفسيريا فى أغلب القوانين الحديثة كما هو الحال فى البلاد اللاتينية كفرنسا وإيطاليا وبلجيكا ، والبلاد الجرمانية كألمانيا وسويسرا وهولندا والنمسا - ... الخ ، وعلى أساس كونه مصدرا تفسيريا ، يؤخذ به على سبيل الاستئناس فقط ، ولا تلتزم المحاكم بما سبق أن أصدرته من أحكام ، ولا بما أصدرته المحاكم الأخرى حتى ولو كانت أعلى منها درجة [٢] .

١٣٤- القضاء فى مصر والقوانين الحديثة :

القضاء فى أغلب الدول الحديثة - ومن بينها مصر - مجرد مصدر تفسيرى للقاعدة القانونية ، فهو كالفقه سواء بسواء فى هذا الصدد مع فارق واحد بينهما يرجع لاختلاف طبيعة كل منهما ، هو أن القضاء لديه مكنة تطبيق

[١] أنظر د/ برهام عطا الله - قاعدة إلزامية السابقة القضائية وأفولها فى القانون الانجليزى الحديث - مجلة الحقوق -١٤ ص١٢٧ -١٨٢ ، وانظر : عبدالرزاق السنهورى ، حشمت أبو ستيت - المصدر السابق ف ١٧٤ ص٢٧٤ ، د/ حسن كيرة - السابق ص٢١٥ .

[٢] د/ عبدالمنعم البدراوى - مبادئ القانون - ص١١٧ ط١٩٨٢ ، د/ أحمد سلامة - السابق ص١٦٢ .

التفسير الذى يعطيه للقانون تطبيقا عمليا فيما يحكم فيه من أقضية بينما يظل تفسير الفقهاء للقاعدة القانونية تفسيرا نظريا يكمن فى بطون الكتب والمؤلفات [١] ، ولا يجد طريقه إلى التطبيق العملى إلا أن يأخذ به القضاء طواعية اعترافا منه بما قد يكون لهذا التفسير من وجاهة وقوة وحجة وبرهان .

بيد أن مشكلة قد تثار مقتضاها أن القضاء إذا اقتصر دوره على تطبيق القانون ، إلا أن ما يحدث فى العمل قد يختلف عن ذلك ، فكثيرا ما يتحرر القاضى من نص القانون حين يتعرض لمعالجة مسألة لم يرد فيها نص ، أو حيث يكون النص جامدا لا يستجيب للتطورات الحديثة ، أو كان النص مجافيا لقواعد العدالة ... الخ حينئذ قد يعطى القاضى معنى للنص غير المعنى الذى يتفق مع مدلوله وذلك تحت ستار التفسير ليصل بالنص إلى النتائج التى يريدها .

هذا فضلا عن أن استقرار المحاكم على اتجاه معين فى مسألة معينة ، يكون له من الناحية العملية تأثيرا يعادل تأثير القاعدة القانونية الملزمة وبخاصة إذا أيدت محكمة النقض هذا الاتجاه ، فإذا عرض نزاع من هذا النوع ، فإن القاضى يجد نفسه – من الناحية العملية – ملزما بالحكم وفقا لهذا الاتجاه وإلا تعرض حكمه للنقض[٢] هذا فضلا عن التعاطف والاحترام والتدرج التى تسير عليه المحاكم .

وقد رتب بعض الفقهاء[٣] على هذا أن القضاء يعتبر مصدرا من المصادر الرسمية للقواعد القانونية ، لأن مخالفة ما استقرت عليه أحكام

---

[١] د/ حسن كيرة – السابق ص٢١٦ ، د/ عبدالمنعم البدراوى – السابق ص١١٧ ، وانظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج١ ص١٩٢ .

[٢] د/ عبدالودود – السابق ص١١٧ ، د/ أحمد سلامة – السابق ص١٦٢ ، د/ حسن كيرة – السابق ص٢١٦ وما بعدها

[٣] محمد على عرفه – مبادئ العلوم القانونية ص٢٥٢، ٢٥٣ ط١٩٥٦ ، عدنان الفوتلى – الوجيز فى الحقوق المدنية جـ٢ ص٢٦٦ ط ١٩٦٠ .

القضاء وخاصة – قضاء محكمة النقض– يترتب عليها نفس الأثر الذى يترتب عليه مخالفة أى قاعدة تشريعية ملزمة .

والواقع أن هذا القول مردود ويخالفه جمهور الفقه المصري[١] لأنه يتعارض مع مبدأ دستورى هام وهو مبدأ الفصل بين السلطات الذى بمقتضاه تقتصر وظيفة القضاء على تطبيق القانون لا خلقه ، ولا يمكن للحجة العملية التى يستند إليها هذا الرأى أن تؤدى إلى التسوية بين القضاء وبين القواعد القانونية لأن أعمال هذه القواعد الأخيرة أمر واجب الاتباع حتى تلغى صراحة أو ضمنا ، بينما تستطيع المحاكم أن تعدل عما استقرت عليه أحكامها إذا تغيرت الظروف فى أى وقت .

---

[١] د/ أحمد سلامة – السابق ص١٦٢ ، د/ جميل الشرقاوى – السابق ص١٤٧ ، د/ سليمان مرقص – السابق ص٤٩٩ ، د/ عبدالودود يحي– السابق ص١١٥ ، وانظر فى بسط حجج الميل إلى الأخذ بما تقرره محكمة النقض : د/ نعمان جمعة – السابق ص٢٢٣ حيث يرى بحق – أن أحكام النقض التى تخالف بها قاعدة قانونية قائمة أو تنشئ قاعدة جديدة : هو إخفاء لدورها الإنشائى تحت ستار التفسير أو وراء المصدر المرن (القانون الطبيعى وقواعد العدالة) الذى يعطى القاضى سلطة كبيرة جدا فى تكوين القواعد القانونية .

الباب الرابع

تطبيق القــانون وتفسيره

١٣٥- تمهيد وتقسيم :

تطبيق القانون يفرض علينا التعرض لمسائل ثلاث :

الأولى : تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان ، بمعنى هل يطبق القانون على كل المخاطبين به داخل إقليم الدولة التى وضعت فيه القاعدة القانونية لتطبق على هؤلاء المخاطبين بها سواء كانوا وطنيين أو أجانب ، أم يقتصر تطبيق القانون على رعايا الدولة فيطبق عليهم القانون أينما وجدوا حتى ولو كانوا يقيمون فى دولة أخرى وعدم سريانه على الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين على أرض الدولة التى وضعت القاعدة القانونية ، **وبمعنى موجز : هل يتحدد نطاق تطبيق القاعدة القانونية على اساس إقليمى أم شخصى ؟ .**

الثانية : تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان : **وهذا يقتضى تحديد الفترة الزمنية التى يظل القانون نافذا فيها ، وبيان الأثر الذى يترتب على إلغاء القـانون واستبدال غيره بـه ، وهذا هو ما اصطلح على تسميته " بمشكلة تنازع القوانين فى الزمان " .**

الثالثة : إذا تم تحديد نطاق القاعدة القانونية من حيث المكان والزمان فقد ثارت مشكلة تفسيرها أمام القضاء وفقهاء ، القانون ، ذلك أن القاعدة القانونية إذا كانت عامة فإن تطبيقها على الحالات الخاصة قد يثير كثيرا من الصعوبات لأنه يجب الوقوف على معناها الحقيقى ونطاقها الدقيق حتى نستطيع معرفة ما إذا كان من الممكن تطبيقها فى شأن الحالات الخاصة أم لا ، ويتم ذلك عن طريق التفسير الذى تقوم به

المحاكم والفقهاء حتى يمكن تحديد المعنى الذى تتضمنه القاعدة القانونية وفقا للمذاهب المختلفة فى التفسير وطرقه وقواعده التى سنتكلم عنها تفصيلا فى الفصل الثالث من هذا الباب .

وبهذا يتحدد موضوع البحث الذى يثيره تطبيق القانون وتفسيره ، حيث نعالج كل مسألة من المسائل الثلاث فى فصل مستقل .

الفصل الأول
نطاق تطبيق القانون من حيث المكـــان

١٣٦- مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين :

يقصد بمبدأ إقليمية القوانين : أن قانون الدولة هو الذى يطبق على كل الأشخاص المقيمين على أرضها ، وعلى كل ما يقع من أحداث داخل حدود إقليمها ، وفى نفس الوقت لا يسرى القانون على كل ما يقع خارج حدود إقليم الدولة التى وضعته[1] . فإذا قلنا مثلا أن القانون المصرى إقليمى التطبيق ، كان معنى هذا ، أنه وحده الذى يسرى على كل ما يقع فى أرض مصر وعلى كل المقيمين فيها سواء كانوا مصريين أو أجانب ، ولا يسرى على ما يقع خارج حدود مصر ، كما لا يسرى على أى مصرى لا يقيم على أرض مصر [٢] .

ويبرر مبدأ إقليمية القانون- بالمعنى السابق- بما لكل دولة من سيادة تامة على أرضها بما عليها من أشخاص ، ولها أن تفرض سلطانها لضمان احترام نظمها وقوانينها وتوقيع الجزاء على من يخالف هذه النظم [٣] .

أما مبدأ شخصية القوانين : فيقصد به : أن قانون الدولة هو الذى يطبق على جميع الأشخاص المنتمين إليها حتى ولو كانوا يقيمون خارج حدود

---

[1] د/ حامد زكى – أصول القانون الدولى الخاص ف ٦٩ وما بعدها ، د/ حسن كيرة – المدخل إلى القانون ص٣٢٥ الطبعة الخامسة ، د/ سليمان مرقص – المدخل للعلوم القانونية جـ١ ص٣١٧ ط١٩٨٧ ، د/ جميل الشرقاوى – دروس فى أصول القانون ص١٥٣ ط١٩٨٤ ، د/ سمير تناغو – النظرية العامة للقانون ص٦٣٥.

[٢] د/ عبدالمنعم الصدة- مبادئ القانون ص١٢٢ ط١٩٨٢، د/ توفيق فرج – المدخل للعلوم القانونية ص٢٩١ طبعة ١٩٨١.

[٣] د/ نعمان جمعة – السابق ص٢٣٣ ط٧٧ ، د/ أحمد سلامة – المدخل لدراسة القانون ص٢٠٤ .

إقليمها، ولا يطبق على الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين على أرض الدولة التى وضعت القاعدة القانونية[(١)] .

ويبرر مبدأ شخصية القوانين – على النحو السابق ذكره – على أساس أن الدولة تمثل جماعة من الأشخاص وضعت القوانين أصلا من أجلهم ولصالحهم ، ولذلك يجب أن يخضعوا لهذه القوانين أينما وجدوا حتى ولو كانوا خارج إقليم الدولة الذى لا يمثل – وفق هذا المبدأ – سوى محل إقامة للمواطنين.

والواقع أن مسألة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان ما كانت تثير أى جدل فى الماضى ، حيث كانت كل دولة تعيش منعزلة تماما عن غيرها من الدول ، وتتشدد – تبعا لذلك – فى الأخذ بفكرة السيادة ، مهما حدا بها إلى الأخذ بمبدأ إقليميته[(٢)] القوانين؛ بيد أن اتساع نطاق العلاقات الدولية ، ونزوح الكثير من البشر من بلادهم إلى دول أخرى وإقامة علاقات وأنشطة تجارية مع رعايا هذه الدول ، جعلت التمسك بمبدأ إقليمية القانون أمرا لا يتفق ومتطلبات العصر ، مما حدا بالدول إلى أن تخفف من تشددها فى تطبيق المبدأ السابق حتى لا يتضرر الأجانب من تطبيق قوانين غير مألوفة لديهم ، ومن هنا ظهر مبدأ " شخصية القوانين " وأصبح الأصل فى معظم دول العالم : هو تطبيق مبدأ إقليمية القوانين " والاستثناء هو الأخذ بمبدأ " شخصية القوانين " .

---

(١) د/ عبدالمنعم الصده– السابق ص١٢٣ ، د/ عبدالودود يحي – دروس فى مبادئ القانون ص١٢٣ ط١٩٨٢/١٩٨٣

(٢) د/ توفيق فرج – السابق ص٢٩٣ ، د/ عبدالودود يحي – السابق ص١٢٣ ، د/ عبدالمنعم الصدة– السابق – الموضع السابق ، د/ أحمد سلامة – السابق ص٢٠٥ ، د/ حسن كيرة – السابق ص٣٢٦

١٣٧- المبدأ المأخوذ بـه فى مصـر :

المبدأ العام المقرر فى مصر هو مبدأ إقليمية القوانين كما هو الشأن فـى معظـم دول العـالم استنادا إلـى مـا للدولـة مـن سـيادة علـى إقليمهـا ، فالقـانون المصرى يطبق فى الأصل على كل المقيمين فى مصر سواء كانوا وطنيين أو أجانب ولا تجاوز حدود الإقليم المصرى [١] .

ومن أهم القوانين التى تطبق تطبيقا إقليميا فى مصر : القوانين المتعلقـة بقواعد المرور ، ومراقبـة الأسـواق ، والباعـة المتجولين ، والمحـلات العامـة والمحلات الخطرة أو المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة العامة والقوانين التـى تنظم مزاولة المهن المختلفة كمهنة الطب والصيدلة ... الخ .

والقوانين المتعلقـة بالنظـام القضـائى وقواعـد الاختصـاص والتنفيذ [٢] ، والقوانين المتعلقـة بالنظـام العـام المصـرى وخاصـة مـا يتعلـق منهـا بالأسـاس الاقتصادى أو الاجتماعى للمجتمع كالقوانين المتعلقـة بـالتداول الإلزامـى للنقـود الورقية وبتحديد السعر الأقصى للفائدة الاتفاقية ... الخ .

والقوانين المتعلقة بالأموال ثابتة كانت أو منقولة ... الخ .

والقوانين الجنائية مع مراعـاة أن هـذه القوانين لا يقتصـر تطبيقهـا علـى الجرائم التى تقع من المصريين والأجـانب فـى مصـر فقـط ، بـل يمتـد تطبيقهـا على ما يقع فى الخارج من جرائم خاصة تعتبر موجهـة ضد الدولـة المصريـة وعلى مـــا وقع فى الخـارج - من المصريين الذين يرجعون إلى مصـر - من

---

[١] د/ سليمان مرقص- السابق ص٣٢٣ ، د/ نعمان جمعة- السابق- ص٢٣٣ ، د/ سمير تناغو - السابق ص٦٣٨ ، الصدة - السابق ص١٢ .

[٢] أنظر المادة ٢٢ مدنى مصرى ، ونقض مدنى فى ١٩ مايو ١٩٧٠ - مجموعة أحكام النقض ٢١- ٨٤٣- ١٣٦ ، ونقض مدنى فى ٢٢ مارس ١٩٧١ ومجموعة أحكام النقض مدنى ٢٢- ٣٧١- ٥٩

الجرائم التى نص عليها قانون العقوبات المصرى [١] .

١٣٨- أهم الاستثناءات التى ترد على مبدأ إقليمية القانون المصرى :

إذا كان المبدأ العام المطبق فى مصر هو مبدأ إقليمية القوانين ، إلا أن هذا المبدأ ترد عليه بعض الاستثناءات التى تحد من تطبيق القانون داخل حدود الدولة أو تمد تطبيقه إلى خارج إقليم الدولة ، وأهم هذه الاستثناءات :

(١) الاستثناء الأول :

هو الاستثناء الخاص بالحقوق والواجبات التى يقررها الدستور للوطنيين دون الأجانب ، ومن أمثلة هذه الحقوق : حق الترشيح للهيئات النيابية ، وحق الانتخاب ، وحق تولى الوظائف العامة ، علما بأن هذا الحق قاصر فى الأصل – على الوطنيين ويباح للأجانب على سبيل الاستثناء[٢] بشروط وقيود معينة ، وواجب أداء الخدمة العسكرية ... الخ ، فالقوانين التى تقرر هذه الحقوق والواجبات تطبق تطبيقا شخصيا لا إقليميا ومن ثم لا يخضع لها إلا المصريين فقط أينما وجدوا .

(٢) الاستثناء الثانى :

هو ما أورده قانون العقوبات ، إذ أن القاعدة بالنسبة لقانون العقوبات هى: الإقليمية ، فقانون العقوبات ينطبق على كل من يرتكب جريمة داخل البلاد حتى ولو كان مرتكب الجريمة أجنبيا ، كما أنه لا يسرى خارج البلاد ولو كان مرتكب الجريمة مصريا[٣] ؛ واستثناءا من هذا الأصل تقرر المادة

---

[١] د/ توفيق فرج ، المصدر السابق ص٢٩٤، د/ عبدالودود يحي – السابق ص١٢٥ ، د/ سمير تناغو – السابق ص٦٤٤.

[٢] أنظر المادة الأولى من قانون العقوبات المصرى ، وانظر د/ رمسيس بهنام – النظرية العامة للقانون الجنائى ص٢٩٧ ط١٩٧١

[٣] أنظر : المادة الأولى من قانون العقوبات المصرى ، وانظر : د/ رمسيس بهام – النظرية العامة للقانون الجنائى ص٢٩٧ ط ١٩٧١

الثانية من قانون العقوبات سريان هذا القانون على بعض الجرائم التى ترتكب خارج إقليم الدولة (مبدأ شخصية القانون) فالقانون الجنائى يطبق على الأشخاص[١] الذين يقيمون فى الخارج ، سواء كانوا مصريين أم أجانب إذا كانت الجرائم التى ارتكبوها قد وقعت كلها أو بعضها فى مصر .

كما تنص المادة ٢/٢ من قانون العقوبات على سريان القانون المصرى على الجرائم التى ارتكبت فى الخارج إذا كانت هذه الجرائم تخل بأمن الدولة أو الثقة فى أوراقها الرسمية أو نقدها[٢] .

(٣) الاستثناء الثالث :

ما يقرره القانون الدولى العام من حصانة قضائية يتمتع بها بعض الأجانب مثل رؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين فى حدود معينة ، كما يمتد هذا الإعفاء إلى زوجاتهم وأسرهم المقيمين معهم ، وكذلك إلى مندوبى الدول فى الهيئات الدولية كمنظمة الأمم المتحدة ، ومحكمة العدل الدولية ، والمنظمات الإقليمية كجامعة الدول العربية ، فهؤلاء وأمثالهم لا يخضعون للقانون والقضاء الوطنيين .

(٤) الاستثناء الرابع :تطبيق القوانين الأجنبية وفقا لقواعد القانون الدولى الخاص :

فقوانين هذا القانون تبين القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي ، وقد يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون إحدى الدول الأجنبية ، وفقا لقواعد القانون الدولى الخاص ، وهى ما تسمى " بقواعد الإسناد" وتوجد هذه القواعد فى القانون المدنى المصرى فى المواد من ١٠–

---

[١] راجع : د/ عبدالودود يحي – السابق – الموضع السابق ، د/ سمير تناغو – السابق ص٦٤٣ ، د/ توفيق فرج – السابق ص٢٩٤ ، د/ سليمان مرقص– السابق ص٣٢٤ ، د/ جميل الشرقاوى – السابق ص١٥٤ ، د/ أحمد سلامة – السابق ص٢٠٦ ، د/ حسن كيرة – السابق ص٣٢٨

[٢] أنظر كذلك فى أمثلة لمبدأ شخصية القانون فى مصر – استثناء المادة ٣ عقوبات .

٢٨ وأعمالها قد يؤدى إلى تطبيق قانون أجنبى فى مصر ، كما قد يقضى أعمالها إلى تطبيق القانون المصرى على ما يقع خارج الإقليم ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة ١٢ مدنى من أنه : "يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين " ولو صار نزاع بين زوجين ألمانيين – مثلا – مقيمين فى مصر بشأن الشروط الموضوعية لصحة زواجهما ، فإنه يرجع فى ذلك إلى القانون الألمانى دون القانون المصرى ، وفى هذه الحالة نجد أن قاعدة الإسناد فى القانون المصرى (م١٢) تؤدى إلى تطبيق قانون أجنبى ألا وهو القانون الألمانى .

وقد يؤدى إعمال قواعد القانون الدولى الخاص إلى تطبيق القانون المصرى على وقائع تقع خارج مصر ، فطبقا لأحكام المادة ١٢ مدنى مصرى – إذا ثار نزاع حول الشروط الموضوعية بصحة زواج تم فى الخارج بين شخصيين مصريين ، فإنه يرجع – طبقا لقاعدة الإسناد الواردة فى المادة المذكورة – إلى قانون كل من الزوجين وهو القانون المصرى .

١٣٩– الشريعة الإسلامية وتطبيق القانون من حيث المكان :

تقضى القواعد العامة فى الشريعة الإسلامية بعدم خضوع المسلم لغير المسلم فى القضاء ، فالإسلام شرط فى القاضى إذا كان أحد طرفى الخصومة مسلما ، إنطلاقا من قول الله عز وجل **﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾** [1] ولأن شهادة غير المسلم على المسلم غير مشروعة ، أما إذا كان طرفى النزاع من غير المسلمين ، وترافعا إلى قاض مسلم ، فلا ريب أنه ذو اختصاص أصيل فى الحكم فى النزاع المعروض عليه ، وإذا لجأ إليه البعض دون الآخر من أطراف النزاع ، فإن اختصاص القاضى المسلم بنظر

---

[1] سورة النساء : الآية رقم (١٤١) ، وانظر حاشية بن عابدين جـ٥ ص٤٢٨ ط ١٣٨٦هـ، وانظر الأم للإمام الشافعى جـ٨ ص٣٠٥ ط١٣٨١هـ .

النزاع كان محل خلاف بين فقهاء المسلمين ليس هذا محاله ، والراجح أنه يكون ذو اختصاص أصيل بنظر النزاع بينهما [١] .

أما فيما يختص بتقليد غير المسلم القضاء على غير المسلم ، فإن الحنفية يجيزون ذلك ، لأن أهلية القضاء عندهم كأهلية الشهادة والذمى أهل للشهادة على الذمى ، ولا ضير فى هذا عندهم لأن القضاء يتخصص بالأقضية . وفى حالة اختصاص القاضى المسلم بنظر النزاع المتعلق بغير المسلم فإنه يطبق أحكام الشريعة الإسلامية ، ورغم أن بها جانبا شخصيا فى تطبيقها حيث تميز بين المسلم وغيره فى بعض الأمور[٢] إلا أن نزعتها فى الجملة نزعة إقليمية بدليل أنها تقسم العالم إلى قسمين : دار الإسلام ودار الحرب ، والأولى هى التى يسود فيها حكم الشريعة الإسلامية وهذا هو مفهوم إقليمية القوانين - دون مراعاة لأحكام الدين إلا فى مسائل قليلة كالسماح لغير المسلمين بالزواج من أقربائهم إلى الدرجة التى تسمح بها شريعتهم ، إلى غير ذلك من المسائل التى كانت محل خلاف بين فقهاء المسلمين أما دار الحرب فهى التى لايسود فيها الإسلام سواء أكانت فى حرب مع المسلمين أم لا ما لم تطبق فيها أحكام الشريعة الإسلامية بأمر من الخليفة ، وإنما يطبقها المسلم على نفسه باعتبار أن أحكام الشرع مخاطب بها مجموعة من المسلمين[٣] .

ويستبين مما سبق أن أحكام الشريعة الإسلامية - فى معظمها تأخذ بمبدأ إقليمية القانون ، وهو ما اتفق القانون الوضعى فيه مع أحكام الشريعة الإسلامية بوجه عام .

---

[١] أنظر فى عرض ذلك تفصيلا : لاشين الغاياتى - السابق ص٢٦٣ .

[٢] أنظر : حاشية بن عابدين جـ٥ ص٤٢٨ ، مغنى المحتاج جـ٣ ص ٢٦١ ط ١٣٥٢هـ.

[٣] لاشين الغاياتى - السابق ص٢٦٤ .

الفصل الثـانـي
نطـاق تطبيـق القانـون من حيث الزمـــان

١٤٠- تمهيـــــد :

القاعدة القانونية تصبح سارية ونافذة بمجرد نشرها فى الجريدة الرسمية فى الأحوال العادية ، ويستمر العمل بهـا حتـى تلغـى صراحـة أو ضمنـا ، وإذا ألغيت القاعدة القانونية وحلت محلها قاعدة أخرى فإن بعض المشـاكل قـد تثـور من جراء ذلك ، ولعل أهم هذه المشاكل ما قـد يثـور مـن تنـازع بيـن كـل مـن القاعدتين (الملغاة ، والجديدة) لمعرفة الحد الفاصل بيـن نطـاق تطبيـق القـاعدة التى ألغيت ، والقاعدة التى حلت محلها بالنسبة للأوضاع والآثار التى نشأت فى ظل القاعدة الأولى ، وظلت مسـتمرة فـى ظـل القـاعدة التـى حلـت محلهـا [١] . وهذه المشكلة هى ما تسمى بمشكلة " تنازع القوانين فى الزمان " .

ويستبين مما سبق أن دراستنا فى هذا الفصـل تحتـوى علـى بحـث إلغـاء القاعدة القانونية ، ثم نتحدث بعد ذلك فى تنازع القاعدة القانونية فى الزمـــان .

---

[١] أنظر : توفيق فرج – السابق ص٢٩٦ .

المبحث الأول

إلغــاء القـانون (القاعدة القانونية)

١٤١- تعريف الإلغـاء وتحليـله :

إلغـاء القـانون أو نسخه هـو رفـع القـوة الملزمـة عنـه مسـتقبلا سـواء أصطحب ذلك بإحلال غيره به أم لم يصطحب [١] ، ومتى رفعت القوة الملزمـة عن القاعدة القانونية فإنها تفقد صفتها ، وقد يتخلف عن ذلك قاعدة اجتماعية أو دينية ؛ والإلغاء بالمعنى السابق لا يقتصـر علـى القواعـد القانونيـة التـى تسـتمد مصدرها من التشريع ، بل يرد الإلغاء على جميع أنواع القواعد القانونية سواء كان مصدرها التشريع أم العرف أم الدين[٢] ، كما أن الإلغـاء يـرد علـى قـاعد واحدة ، وقد يرد على جميع القواعد التى تنبع من مصـدر واحـد ، وأن الغـالب فى الوقت المعاصر أن يقتصر الإلغاء على قاعدة تشريعية معينـة ، أو بـالأكثر على تقنين معين يتعلق بفرع معيـن ، وهكـذا الأمـر فـى العـرف ، اما بالنسـبة للدين فيمكن أن يرد الإلغاء على القاعدة وليس على المصدر [٣] .

١٤٢- السلطة التى تملك إلغاء التشريع :

القاعدة فى هذا الشأن أن السلطة التى تملـك إلغـاء التشـريع هـى السـلطة التى تملك سنه وإنشاؤه أو سلطة أعلـى منهـا ، وقـد سـبق أن رأينـا أن القواعـد القانونية ليست كلها فى درجة واحـدة فالدسـتور هـو أسـمى مراتـب التشـريع ،

---

(١) أحمد سلامة – السابق ص٢٤٥ ، جمال زكى – السابق ص١٠٥، نعمـان جمعـة – السابق ص١٧٥.

(٢) الإلغاء فى الشريعة الإسلامية هو النسخ ، ويستمد فى مشروعيته إلى قول الله عز وجـل **﴿ما ننسخ من آية أو ننسـها نـأتى بخير منهـا أو مثلهـا﴾** – أنظر فـى ذلك تفصيـلا : مصطفى فريد – النسخ فى القرآن الكريم ط بيروت ١٩٧١م .

(٣) أحمد سلامة – الموضع والإشارة السابقة .

يليه التشريع العـادى ، ثم العرف ، وهكـذا ، وقد نصت على هـذه القاعدة المادة الثانية من التقنين المدنى بقولها " لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق " ... ، ويترتب علـى ذلك أن التشريع الدستورى لا يلغيه أو يعدلـه إلا تشريع أساسى مثله ، والقانون يكون إلغاؤه بقانون مثله أو أعلى منه كالدستور والتشريع الفرعى لا يلغى إلا بتشريع فرعى مثلـه أو بتشريع عادى أساسـى ، والتشريع الفرعى لا يلغيه العرف لان الاخير أدنـى درجـة من التشريع[١] أما العرف فيمكن إلغائه بعرف آخر مخالف له ، فالقاعدة : أن التشريع يلغى كل القواعد القانونية الاخرى التالية لـه فـى المرتبـه أيا كـان مصدرها ، كما أن العرف يلغى القواعد الاخرى التالية له فى المرتبة [٢] .. وهكذا.

١٤٣- صور الإلغـاء : (أنواعه) :

ينقسم الإلغاء إلى إلغاء صريح ، وإلغاء ضمنى ، وقد نصت علـى أنـواع الإلغاء المادة الثانية من التقنين المدنى بقولها " لا يجوز إلغاء نص تشـريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قـرر قواعده ذلك التشريع " .

فالإلغاء الصريح :

يكون بصدور قاعدة قانونية جديدة تنص صراحة على هذا الإلغـاء وقد يعين القانون الجديد ما يلغيه من قواعد على سبيل التخصيص ، وقد ينص على إلغاء كل قاعدة مخالفة لحكمه ، وقد يجمع بين الطريقتين[٣] . ومـن أمثلـة ذلك ما تنص عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القـانون

---

(١) انظر : مجموعة الأعمال التحضيريةجـ١ صـ١٩٦

(٢) انظر : توفيق فرج – السابق صـ٢٩٨ ، جمال زكى – السابق صـ١٠٥ ونعمان جمعة – السابق صـ١٧٦

(٣) أحمد سلامة – السابق ص٢٤٨.

المدنى المصرى " يلغى القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٨٣م ، والقانون المدنى العمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر فى ٢٨ يونيو ١٩٧٥ ، ويستعاض عنهما بالقانون المدنى المرافق لهذا القانون " فالقانون قد صرح فى هذه الحالة بإلغاء قانون سابق وإحلال قانون آخر محله ، ومن أمثلة الإلغاء الصريح ايضا ما قرره المشرع فى القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وهو بصدد إلغاء قانون مجلس الدولة المصرى وإحلال قانون آخر محله حيث نص على أنه " يستبدل بأحكام القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ فى شأن تنظيم مجلس الدولة ، القانون المرافق وتلغى جميع الأحكام المخالفة له " [١] .

أما الإلغاء الضمنى :

فيكون بتعارض نصوص تشريع جديد مع نصوص تشريع قديم فتعتبر القاعدة الجديدة ناسخة بطريقة ضمنية للقاعدة القديمة ويكون – أيضا– بتنظيم القانون الجديد لموضوع سبق أن قرر أحكامه تشريع قديم ، وعلى ذلك فالإلغاء الضمنى له صورتان :

أ– الصورة الأولى – التعارض :

فعندما تتعارض قاعدتان إحداهما فى قانون سابق والأخرى فى قانون لاحق بشكل لا يمكن معه الجمع بين حكميهما فهذا يعنى أن المشرع يقصد إلغاء القاعدة السابقة ، ويجب الاقتصار على تطبيق أحكام القاعدة اللاحقة ، نزولا على المبدأ القائل أن القانون اللاحق يلغى القانون السابق ، ويراعى أن – التعارض هنا يتعلق بقاعدتين تتمتعان بمجال تطبيق واحد بأن يكون كلاهما عامين أو خاصين[٢] .

---

[١] جمال زكى – السابق ص١٠٦ .

[٢] أنظر : نعمان جمعة – السابق ص١٨٠.

أما إذا تضمن القانون الجديد حكما عاما ، وكـان القـانون القديـم يتضمـن حكما خاصا (معارضا لأحكام القانون الجديد) فإن ما يتضمنه القانون القديم لا يعتبر ملغيا حتى ولو تأكد التعارض بين القـانونين تأسيسـا علـى القـاعدة القائلـة بأن الحكم العام لا يلغى الحكم الخاص ولو كان لاحقا عليه ، ومن ثم يبقى حكم القانون القديم على سبيل الاستثناء ، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة الأولى مـن القـانون رقـم ٢٥ لسـنة ١٩٤٤ مـن أن " قوانيـن المـيراث والوصيـة ، وأحكـام الشريعة الإسلامية فيهـا هـى قوانيـن البلـد فيمـا يتعلـق بـالمواريث والوصـايا ، على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثتـه فـى حكـم الشـريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية – أن يتفقوا علـى أن يكـون التوريـث طبقـا لشـريعة المتوفى " .

ومـؤدى التحفـظ الـوارد فـى هـذه المـادة أنـه يجـوز اتفـاق الورثـة غـير المسلمين على تقسيم التركة وفق شريعتهم لا وفقا لما تقضى به أحكام الشـريعة الإسلامية ، وذلك إذا توافرت شروط معينة ، ولما صدر القانون المدنى الحـالى نـص فـى المـادة ١/٨٧٥ منـه علـى أن " تعييـن الورثـة وتحديـد أنصبـائهم فـى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شـأنهم أحكـام الشـريعة الإسـلامية والقوانين الصـادرة فى شأنها " وعلقت المذكرة الإيضاحية [١] على ذلك بقولها : "أن الشريعة الإسلامية والتقنينات المستمدة منها هـى التـى تطبـق علـى مـيراث المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين ، وهو مـا يفيـد أن المـادة الأولـى مـن القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ قـد الغيـت لتعـارض حكمهـا مـع حكـم المـادة ١/٨٧٥ مدنى مصرى، غير أن هذا القول لا يطبق قواعد الإلغاء تطبيقا سليما لأن نص المادة الأولى من القانون رقم٢٥ لسنة١٩٤٤ نص خاص، ونص المادة ١/٨٧٥ نص عام ، والنص العام لا يلغى النص الخاص حتى ولو كان لاحقا عليه [٢] .

---

[١] أنظر : مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٦ ص٢٠٥ .

[٢] أحمد سلامة– السابق ص٢٥١ .

أما إذا كانت القاعدة القانونية القديمة عامة ، والقاعدة الجديدة خاصة فإن القاعدة الجديدة لا تلغى من القاعدة القديمة العامة إلا ما جاءت بشأنه فقط ، وتظل القاعدة القديمة كما هى فيما عدا الحالة التى نصت عليها القاعدة الجديدة والتى تعتبر استثناء من القاعدة القديمة استثناء يحد من عموميتها تأسيسا على المبدأ القائل بأن القاعدة الخاصة تلغى القاعدة العامة فى حدود ما تعارضت فيه معها ، ومثال ذلك ما كانت تنص عليه المادة ٤٥/ ٦٧ من التقنين المدنى القديم من أن الملكية تنتقل فور العقد فى العقارات والمنقولات ، ثم صدر قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ، وبعده قانون الشهر العقارى سنة ١٩٤٦ ، وقرر أن الملكية لا تنتقل فى العقارات إلا بالتسجيل ، فوقع التعارض فيما يتعلق بانتقال ملكية العقار ، واعتبرت المادة ٦٧/٤٥ ملغاة فيما يتعلق بملكية العقار ، وبقى حكمها بالنسبة لملكية المنقول [١] .

ب- الصورة الثانية :

إعادة تنظيم موضوع القانون السابق ، وذلك بصدور تشريع ينظم موضوعا معينا برمته ، ويكون هناك قانون سابق تناول تنظيم هذا الموضوع عينه ، والحكم فى هذه الحالة أن التشريع القديم يعتبر ملغيا بأكمله ، سواء تعارض مع القانون الجديد أم لا ، وسواء اقتصر التعارض على بعض الأجزاء أم شملها كلها ، وسواء تعارض حكم خاص مع حكم عام ، أو حكم خاص مع حكم خاص [٢] . ومن أمثلة ذلك صدور القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الوصية ، فإذا جاء المشرع الآن وأصدر قانونا جديدا بتنظيم الوصية تنظيما كاملا ، كان هذا القانون الجديد ناسخا للقانون الأول .

---

[١] توفيق فرج – السابق ص٢٠٢، أحمد سلامة – السابق ص٢٥٠ .

[٢] أحمد سلامة – السابق ص٢٥٢ .

المبحث الثاني

تنازع القوانين فى الزمـــان

١٤٤- مدلول تنازع القوانين فى الزمان (عرض المسألة) :

سبق أن ذكرنا أن لكل قاعدة قانونية فترة حياة تنتهى بإلغائه صراحة أو ضمنا ، وقد يكون بديهيا أن يقال أن القاعدة القانونية الجديدة تكون نافذة فور مضى المدة المحددة على نشرها فى الجريدة الرسمية ، ولا يكون لها أثر قبل ذلك ، ومن ثم ترتفع عن القاعدة القديمة قوتها الملزمة ، منذ إلغائها ، ولا تنطبق بعد ذلك على أية علاقة قانونية ، ومن هنا يصبح يسيرا أن يقال أن القاعدة فى تطبيق القانون من حيث الزمان هى : أنه يسرى التشريع الجديد على الوقائع التى تحدث فيما بين تاريخ العمل به وتاريخ إلغائه ، وأنه لا يسرى على ما يقع قبل تاريخ العمل به ولا على ما يحدث بعد تاريخ إلغائه ، وتحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية يكون هينا إذا تعلق هذا التحديد بواقعة قانونية تنشأ وتترتب عليها جميع آثارها فور نشوئها ، إذ تنتفى الشبهة فى إمكان تطبيق غير قاعدة قانونية واحدة [1] ، ولنضرب بعض الأمثلة التى لا يثار بشانها أى صعوبة طبقا للمفهوم السابق :

أ- إذا ارتكب شخص جريمة وقدم للمحاكمة ، ووقعت عليه العقوبة المقررة فى القانون على هذه الجريمة ، ثم صدر قانون جديد يشدد عقوبة هذه الجريمة ، فإن القانون الجديد لا أثر له بالنسبة للحكم الذى صدر فى الدعوى .

---

[1] جمال الدين محمود زكى- السابق ص٢٢٠-٢٢١ ، وانظر فى هذا الموضوع : سمير تناغو- السابق ص٦٤٦- ٦٥٢ ، سليمان مرقص- ص١٨٠ وما بعدها ، البدراوى- السابق ص١٥٧ وما بعدها ؛ توفيق فرج - السابق ص٣٠٨ وما بعدها .

ب- إذا وضع شخص يده على عقار مدة خمسة عشر سنة ، وهى المدة المطلوبة قانونا لاكتساب الملكية بوضع اليد فى مصر فإنه يمتلك العقار بمضى هذه المدة ، فإذا أصدر المشرع قانونا جديدا يجعل مدة التقادم عشرين سنة بدلا من خمس عشرة سنة ، فإن صدور القانون الجديد لا يؤثر على اكتساب ملكية هذا الشخص بمضى خمس عشر سنة ، لأن واقعة وضع اليد تمت وترتب عليها أثرها فى ظل القانون القديم ، فتستمر الملكية دون أن تتأثر بصدور القانون الجديد ، وليس للمالك الحقيقى أن يحتج بعدم إتمام المدة المقررة فى القانون الجديد[١] .

إلى هنا والأمر بسيط ، بيد أن تطبيق القاعدة القانونية لا يعرض دائما بمثل هذه البساطة : لأن كثيرا من الأوضاع أو العلاقات القانونية ما يمتد فى نشوئه أو فى توليد آثاره فترة من الزمن ، بحيث تنشأ العلاقة أو الواقعة أو تبدأ فى النشوء فى ظل قاعدة قانونية ، ولا يكتمل تكوينها ، أو يتم ترتيب آثارها إلا بعد صدور قاعدة أخرى ، فهنا تثور مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان، هل يسرى القانون الجديد على الآثار المستقبلة لتلك الوقائع والتصرفات أم أنها تظل خاضعة للقانون القديم باعتبارها نشأت أو بدأت فى النشوء فى ظله . ولنضرب بعض الأمثلة على ذلك لزيادة الإيضاح :

أ- كان التقنين المدنى الملغى يبيح الاتفاق بين المقرض والمقترض على فائدة للقرض فى حدود ٨٪ فإذا أقرض شخص آخر قرضا بفائدة ٨٪ واستمر عقد القرض بينهما إلى أن صدر القانون الجديد الذى خفض الحد الأقصى للفائدة إلى ٧٪ ، ففى هذه الحالة هل يطبق القانون الجديد على الفوائد التى تستحق بعد صدوره ، أم يستمر المدين ملتزما بدفع ٨٪ حسب القانون القديم على أساس أن آثار العقد تستمر خاضعة للقانون القديم الذى نشأ العقد فى ظله ؟ .

---

[١] توفيق فرج – السابق ص٣٠٩ .

ب- قبل صدور قانون المجالس الحسبية سنة ١٩٢٥ كان سن الرشد ثمانى عشرة سنة ، ولكن القانون المذكور رفع هذه السن إلى إحدى وعشرين سنة ، فما هو الحكم بالنسبة لمن بلغ سن الرشد فى ظل القانون القديم ، ولكنه لم يبلغ ٢١ سنة ، فلو فرضنا أنه بلغ عشرين عاما.عند صدور القانون الجديد ، فهل يعتبر بالغا ومتمتعا بأهليته التى اكتسبها فى ظل القانون القديم ، أم يعود قاصرا طبقا للقانون الجديد ، وما حكم التصرفات التى أبرمها هذا الشخص قبل نفاذ القانون الجديد ؟ .

جـ- إذا وضع شخص يده على عقار بغية تملكه لمدة عشر سنوات فى ظل القانون الحالى الذى يجعل مدة التقادم خمس عشرة سنة ثم صدر قانون جديد - مثلا- يجعل مدة التقادم عشرين عاما ، فهل يظل واضع اليد خاضعا للقانون القديم بحيث يمتلك العقار بعد خمس سنوات ، أم يطبق القانون الجديد فلا يمتلك العقار إلا بعد عشر سنوات ؟ .

د- إذا تزوج شخص فى ظل قانون يعطى الحق للزوج فى الطلاق بمجرد إعلان إرادته وقتما يشاء (كما هو الشأن فى أحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الشأن) ثم أصدر المشرع الوضعى قانونا أثناء هذا الزواج لا يجيز الطلاق إلا بحكم القاضى - مثلا- فهل يبقى لهذا الزوج الحق فى الطلاق وفقا للقانون الذى تم الزواج فى ظله ، أم يطبق عليه القانون الجديد ، فلا يقع الطلاق إلا بحكم القاضى [١] .

هذه هى المشاكل التى يثيرها تنازع القوانين فى الزمان ، وهى مشكلة قد يعرض المشرع الوضعى أحيانا لحلها عند إصداره لقانون معين ويحدد نطاق تطبيقه زمنيا ، إلا أن الغالب ألا يفصل المشرع فى ذلك ؛ ومن هنا تبرز مشكلة تنازع قاعدتين قانونيتين فى الزمان ، مما يستلزم البحث عن حل لهذه المشكلة وهو ما سنتحدث عنه فيما يلى :

---

[١] أنظر : عبدالودود يحي- السابق ص١٣٤.

١٤٥- مبدأ عدم رجعية القوانين هو المبدأ العام :

القاعدة العامة أو المبدأ العام الذى يهيمن على تطبيق القاعدة القانونية هو: عدم رجعية القانون ، بمعنى أن القانون يسرى على الوقائع والتصرفات التى تحدث فى المستقبل منذ صيرورته نافذا إلى أن يلغى صراحة أو ضمنا ، اما ما حدث من وقائع وتصرفات قبل صدوره فلا شأن للقانون الجديد به ، بل يظل محكوما بالقانون الذى نشأت تلك الوقائع والتصرفات فى ظله ، ويعبر عن ذلك بأن القانون ليس له أثر رجعى [1] .

ومبدأ عدم رجعية القانون من المبادئ الأساسية فى معظم قوانين العالم ودساتيرها ، وقد نص عليه فى المجموعة المدنية الفرنسية فى المادة الثانية منها حيث تقول " لا يقرر القانون إلا بالنسبة للمستقبل ، فليس له أثر رجعى . وهذا كان مقررا فى القوانين المصرية المتعاقبة[2] إلى أن صدر دستور مصر الحالى فى عام ١٩٧١ فأكد هذا المبدأ حين نص فى المادة ٦٦ منه على أنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم القاضى ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون " كما تنص المادة ١٨٧ من الدستور المصيرى الحالى على أنه " لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، ومع ذلك يجوز - فى غير المواد الجنائية - النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية مجلس الشعب " .

---

[1] أنظر : توفيق فرج - السابق ص٣١١، سليمان مرقص - السابق ص١٨٢ وما بعدها ، سمير تناغو- السابق ص٦٥٣ وما بعدها ، جمال زكى - السابق ص٢٢٤ ، عبدالودود يحي - السابق ص١٣٤ ، البدراوى - السابق ص١٦١ ، عبدالناصر العطار - السابق ص١٩٩، نعمان جمعة ص٢٣٧ .

[2] مثال ذلك : م٢ من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية ، م٢ من المجموعة المدنية المختلطة : م٢٧ من دستور عام ١٩٢٣ ، م ١٨٦ من دستور ٥٦ ، والمادة ١٦٣ من الدستور المؤقت .

ويستبين من هذه النصوص أن الدستور حرص على تأكيد مبدأ عدم رجعية القوانين فى المواد المدنية والجنائية على حد سواء ، ودلالة هذا التأكيد أن المشرع يلتزم به ، وكل تشريع يصدر مخالفا له يكون غير دستورى ، كما يتقيد به التشريع الفرعى من باب أولى[١] .

ومبدأ عدم رجعية القانون يخاطب القاضى لا المشرع ، بمعنى أن النص على عدم الرجعية يقيد القاضى ، فلا يملك الخروج عليه تحت أى ستار ، ولكنه لا يقيد المشرع الذى يستطيع فى غير المواد الجنائية أن يجعل لقانون ما أثرا رجعيا بشرط أن يكون هناك ما يبرر هذا الخروج ، ونظرا لخطورة هذا الوضع فإن المادة ١٧٨ من الدستور المصرى تتطلب موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب حتى يكون للقانون أثر رجعى ، بينما تكفى أغلبية الأعضاء الحاضرين فقط فى إقرار أى قانون عادى[٢] . أما فى دائرة المواد الجنائية فلا يرد على مبدأ عدم الرجعية أى استثناء، ومن ثم لا يستطيع المشرع أن يمد أثر القانون إلى الماضى فى المواد الجنائية ، وهذا القيد الذى يحرم على المشرع الوضعى إرجاع أثر القانون إلى الماضى فى المواد الجنائية هو قيد مسلم به فى جميع الدول المتمدينة ، حماية للأفراد ، وضمانا لحرياتهم الشخصية ، ودرءا لما قد يصيبهم أو يلحقهم من ضرر ، ولذا نص القانون الجنائى المصرى فى المادة الخامسة منه على هذا المبدأ بقوله " يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها " .

١٤٦- صعوبة تطبيق هذا المبدأ ومنشأ الصعوبة :

مبدأ عدم رجعية القانون، وإن كان مبدأ قويا فى أساسه ، وعادلا فى حكمه ، إلا أنه غامض فى تطبيقه بصورة مطلقة تبعا لاختلاف الرأى فى تحديد معنى الرجعية ودقة الفروض العملية ، فكثيرا من الوقائع تنشأ فى ظل قانون

---

[١] أنظر : أحمد سلامة – السابق ص٢١٠ .

[٢] عبدالودود يحي– السابق ص٢٣، البدراوى– السابق ص١٦٣.

وتمتد آثارها فى ظل قانون آخر ، الأمر الذى يستوجب البحث فى معرفة ما يخضع للقانون القديم وما يخضع للقانون الجديد من آثار هذه الوقائع ، وقد يضطلع المشرع الوضعى بحل هذه الصعوبة عندما يضع عند صدور قانون جديد[1] نصا يحكم المسألة ؛ من ذلك - مثلا- القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ الذى خفض الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية من ٩٪ إلى ٨٪ إذ نصت هذه المادة على أن " لا يسرى حد الفائدة التى يجوز الاتفاق عليها المقرر بهذا المرسوم بقانون ... على الاتفاقات المعقودة قبل العمل به " .

غير أن المشرع غالبا ما يسكت عن حل هذه الصعوبة ويترك الفقه والقضاء حلها على ضوء مبدأ عدم رجعية القوانين ، وقد حاول الفقه خلال القرن الماضى حل مشكلة تنازع القوانين فى الزمان فظهرت نظرية عرفت باسم " النظرية التقليدية " ولكن العمل أثبت أنها غير كافية لحل ما يثار من صعوبات بسبب تنازع القوانين ، فنشأت نظرية جديدة عرفت باسم النظرية الحديثة ، وسنعالج فيما يلى أحكام كل من هاتين النظريتين ، ثم نعرج بعد ذلك على القواعد التى وضعها المشرع الوضعى المصرى لحل بعض صور التنازع .

---

[1] عبدالودود يحي- السابق ص١٣٦ .

المبحث الثالث

الحلول الفقهية لحل مشكلة تنازع القوانين فى الزمان

المطلب الأول
النظرية التقليدية

١٤٧- مضمون النظرية التقليدية :

تقوم هذه النظرية على أساس التفرقة بين الحق المكتسب وبين مجرد الأمل ، فالقانون الجديد لا يمكن أن يمس بالحقوق المكتسبة فى ظل القانون القديم، وإلا كان ذا أثر رجعى ، وبالتالى يمتنع تطبيقه ، وعلى العكس يمكن أن يمس القانون الجديد (بمجرد الآمال) ولا يعتبر ذا أثر رجعى .

غير أن معيار التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل كان مثار خلاف بين أنصار هذه النظرية ، فذهب فريق منهم إلى أن الحق المكتسب هو الذى دخل ذمة صاحبه بشكل نهائى ، وذهب فريق ثان إلى أنه الحق الذى يمكن لصاحبه أن يطالب به أمام القضاء ، وذهب فريق ثالث إلى أنه الحق الذى يقوم على سند قانونى ، اما مجرد الأمل فهو توقع اكتساب حق فى المستقبل أو ترقب اكتسابه ، أى مجرد أمنية قد تتحقق وقد لا تتحقق[١] .

فخلاصة هذه النظرية أن عدم الرجعية تعنى عدم جواز مساس القانون بالحقوق المكتسبة طبقا للمفهوم السابق ، ومن ثم يجب على القاضى أن يستبعد

---

[١] أنظر فى عرض تلك النظرية : أحمد سلامة – السابق ص٢١٢ وما بعدها ، عبدالودود يحي – السابق ص١٣٧ وما بعدها ، توفيق فرج – السابق ص٣١٧ وما بعدها ، سليمان مرقص – السابق ص١٩٢ وما بعدها ، جمال زكى – السابق ص٢٢٦ وما بعدها ، عبدالناصر العطار – السابق ص٢٠١ ، سمير تناغو – السابق ص٦٥٩ ، البدراوى – السابق ص١٧٢ وما بعدها ، نعمان جمعة – السابق ص٢٤٠ وما بعدها .

تطبيق القانون الجديد فى كل حالة يؤدى فيها التطبيق إلى المساس بحقوق مكتسبة ، وذلك بعكس الأمال أو التوقعات التى لا يعتبر المساس بها تطبيقا رجعيا للقانون .

ويضرب أنصار هذه النظرية بعض الأمثلة لتطبيق المعايير المذكورة ؛ منهــا :

إذا صدر قانون جديد ينص على أن يؤول إلى الدولة ما يملكه الأجنبى من عقار وكان هناك أجنبى له أولاد يتمتعون بالجنسية المصرية ، فإذا كان صدور القانون حدث قبل وفاة الأجنبى ؛ فإن ملكيته تؤول إلى الدولة ولا تقبل شكوى أولاده أن حقا لهم قد مس ، إذ لم يكن لهم سوى مجرد أمل ، اما لو كان هذا القانون قد صدر بعد وفاته فإن تركته تظل فى أيدى ورثته ، إذ يكون لهم عليها حينئذ حق مكتسب[1] وكذلك يقولون أن الوارث الموصى له فى حدود ثلث التركة لا يستحق القدر الموصى به إلا عند وفاة الموصى ؛ وبالتالى ليس له قبل وفاة الموصى غير مجرد أمل فى الحصول على الوصية ، فصدور القانون الجديد الذى يحرم الوصية لوارث لا يمس بحق مكتسب للموصى له؛ وإنما يخيب أمله فحسب ، ومن ثم يسرى القانون الجديد على هذه الوصية فتبطل ولا يستحق الموصى له شيئا عند وفاة الموصى ، وهكذا الشأن فى التقادم الذى لم تكتمل مدته ، وأطالها القانون الجديد فإن واضع اليد لا يمتلك الأرض إلا بمضى المــدة الواردة فى القانون الجديد ، إذ لم يكن قد اكتسب حقا وقت صدوره وإنما كان له مجرد أمل فى اكتساب الملكية بعد إكمال مدة التقادم[2] .

---

[1] أحمد سلامة – السابق ص٢١٣ .

[2] عبدالناصر العطار – السابق ص٢٠١ ، توفيق فرج – السابق ص٣١٩ ، نعمان جمعة – السابق ص٢٤١ .

١٤٨- الاستثناءات التى ترد على النظرية التقليدية :

إذا كانت النظرية التقليدية تمنع الأثر الرجعى للقانون ، إلا أن هناك بعض الاستثناءات على ذلك فى ظل هذه النظرية ذاتها ، حيث تورد النظرية التقليدية على القاعدة الخاصة بسريان القانون على الماضى بعض الاستثناءات حيث يكون للقانون أثر رجعى حتى ولو أدى ذلك إلى المساس بحقوق مكتسبة، وتخلص هذه الاستثناءات فى :

أ- النص الصريح على الرجعية :

إذ يملك المشرع الوضعى فى غير المواد الجنائية أن ينص على تطبيق القانون بأثر رجعى ، أى المساس بالحقوق التى اكتسبت فى ظل القانون القديم بشرط أن ينص صراحة على ذلك ، ومن أمثلة ذلك ما قرره المشرع الوضعى المصرى فى القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ الخاص بتحديد الملكية الزراعية للفرد بخمسين فدانا ، ومائة فدان للأسرة حيث صدر هذا القانون فى ١٦ أغسطس ١٩٦٩ ، ولكن نص فيه على أن يعمل به اعتبارا من ٢٣ يوليو ١٩٦٩ وهو اليوم الذى عرف فيه الناس من رئيس الدولة الاتجاه إلى إصدار هذا القانون .

ب- القوانين التفسيرية :

فإذا صدر قانون جديد مفسرا لحكم قانون سابق وفى حدوده أى دون إضافة أحكام جديدة ، فإن هذه القوانين التفسيرية يرجع تطبيقها إلى تاريخ القوانين التى صدرت لتفسيرها ، إذ أن هذه القوانين التفسيرية تشرع لحسم خلاف يتعلق بالقانون الأصلى ، ومن ثم تكون القوانين التفسيرية هنا موضحة ومكملة لمضمون القوانين الأصلية[١] .

---

[١] نعمان جمعة – السابق ص٢٤١ ، عبدالناصر العطار – السابق ص٣٠٢ ، جمال زكى – ص٢٣٢.

جـ- القانون الجنائي الأصلح للمتهم :

فإذا كان القانون الجديد أصلح للمتهم من القانون القديم بحيث يكون ماحيا للجريمة أو مخففا للعقوبة التي وقعت على المتهم فإنه يسري على الوقائع السابقة ويستفيد منه المتهم لأنه أصلح له وليس فيه مساس بحريات الأفراد " إذ من التناقض والظلم أن يطبق على المتهم عقوبة في الوقت الذي يعترف فيه المشرع الوضعي بعدم فائدتها أو بزيادتها عن الحد اللازم ..." (١) .

د- القوانين المتعلقة بالنظام العام :

إذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام فإنه يسري على الماضي ولو مس بحق مكتسب حتى يتمكن من تحقيق أهدافه الذي صدر من أجلها ، ومن الأمثلة على ذلك : القانون الذي يرفع سن الرشد من ١٨ سنة إلى ٢١ سنة يسري بأثر رجعي على كل من بلغ ١٨ سنة في ظل القانون القديم ، ولم يبلغ ٢١ سنة عند العمل بالقانون الجديد ، أي أن هذا الشخص يعود قاصرا مرة أخرى لأن - تحديد سن الرشد يتعلق بالنظام العام .

وهكذا الشأن في القانون الذي يعدل من حقوق وواجبات الأزواج أو من أحكام الطلاق ؛ فإنه يسري على الأزواج الحاليين حتى ولو كان زواجهم تم في ظل قانون سابق(٢) .

١٤٩- عيوب النظرية التقليدية :

وجهت إلى النظرية التقليدية عدة انتقادات أهمها :

---

(١) د/ السعيد مصطفى السعيد - الأحكام العامة في قانون العقوبات ص٩١ .

(٢) عبدالناصر العطار- السابق ص٢٠٢، أحمد سلامة - السابق ص٢١٥ ، سليمان مرقص- السابق ص١٩٣- الذي يرى أن فكرة النظام العام هنا أضيق من نطاقها العادي، ومن ثم فالقوانين ذات الأهمية القصوى هي التي تطبق هنا وتسري على الماضي ، غير أننا لا نميل إلى هذا الرأي ونرى تفضيل رأي من ذهب إلى القول بأن فكرة النظام العام واحدة في البلد الواحد (أحمد سلامة - السابق هامش ١ ص٢١٦) .

أ- قيام النظرية على أساس غامض :

فأساس النظرية التقليدية هو التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، وترتب النظرية على هذه التفرقة نتائج خطيرة ، وقد سبق أن ذكرنا أن أنصار هذه النظرية لم يتفقوا على تعريف دقيق للحق المكتسب ، ومجرد الأمل ؛ فإذا قيل أن الحق المكتسب هو الذى يكون قد دخل فى الذمة بشكل نهائى ، فإن هذا القول يعيبه أمران :

أولهما : هذا التعريف لا يشمل الحقوق غير المالية كحق الطاعة وحق التأديب إذ أن هذا الحق لا يدخل فى ذمة صاحبه ، ومعنى هذا أنه يمكن للقانون الجديد أن يلغيه وهو أمر غير مقبول .

ثانيهما : هذا التعريف يؤدى إلى نتائج غير مقبولة ، فهو يؤدى - مثلا- إلى القول بأن المشرع لا يمكنه إصدار قانون بوضع حد أقصى للملكية ، وهو إن فعل ذلك يكون قد مس بحق مكتسب فى ذمة صاحبه ، ومن ثم كان هذا القول يمثل عقبة تقف فى سبيل كل إصلاح اجتماعى .

وإذا قيل أن الحق المكتسب هو الذى يمكن لصاحبه الدفاع عنه أمام القضاء ، كان هذا القول مؤديا إلى الوقوع فى حلقة مفرغة فالقانون يعتبر رجعيا إذا مس بحق مكتسب ، والحق المكتسب هو الذى لا يمسه القانون[1] ... وهكذا .

فالتفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل غامضة ، وتدق فى بعض الفروق ، فمثلا الحق المعلق على شرط ، هو حق معلق على أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، فهل يعتبر حقا مكتسبا لا يجوز للقانون الجديد المساس به أم مجرد أمل يجوز له إزالته أو تعديله. ؟ وإن كان أنصار النظرية التقليدية

---

(١) أحمد سلامة - السابق ص٢١٨ ، وانظر : سليمان مرقص - السابق ص١٩٩، نعمان جمعة - السابق ص٢٤٢، جمال زكى - السابق ص٢٣٣ .

يقولون أنه حق مكتسب فيما يتعلق بتنازع القوانين[١] ، وهل يعتبر حق الموهوب له على المال موضوع الهبة حقا مكتسبا أم مجرد أمل فى ملكيته إلى أن يقوم أحد موانع الرجوع فى الهبة ... الخ هذه الأمثلة .

ب- النظرية التقليدية : خلطت بين الأثر الرجعى والأثر الفورى للقانون.

عيب على النظرية التقليدية خلطها بين الأثر الرجعى والأثر الفورى للقانون الجديد . ففى بعض الحالات التى قال أنصار هذه النظرية بأن القانون يكون ذا أثر رجعى على سبيل الاستثناء كما هو الشأن فى القوانين المتعلقة بالنظام العام ، هو قول غير دقيق ، إذ القانون لا توجد له رجعية ، وإنما يكون للقانون الجديد أثر مباشر أو فورى ، ومثال ذلك : الشخص الذى عاد قاصرا طبقا للقانون الجديد الذى رفع سن الرشد إلى ٢١ عاما بدلا من ١٨ عاما ، وكان سنه ١٩ سنة عند صدوره ، ولو أن هذا القانون قد سرى على الماضى لأصبحت تصرفات هذا الشخص التى أبرمها بعد بلوغه سن الرشد وفق القانون القديم ، وقبل صدور القانون الجديد : قابلة للإبطال أو باطلة بحسب الأحوال ، مع أن هذه التصرفات صحيحة بالرغم من أن صاحبها قد اصبح قاصرا ، وصحتها دليل على عدم سريان القانون الجديد على الماضى ، إذ أن ما يبطل فقط من تصرفات هذا الشخص ، تلك التى يبرمها بعد صدور القانون الجديد[٢] .

وهكذا يستبين لنا أن الخلط بين الأثر الرجعى والأثر الفورى للقانون هو الذى دعا أنصار النظرية التقليدية إلى القول بأن القوانين المتعلقة بالنظام العام

---

(١) عبدالودود يحي- السابق ص١٤٢ .

(٢) أحمد سلامة - السابق ص٢١٨ ، عبدالودود يحي- السابق ص١٤٢ ، نعمان جمعة - السابق ص٢٤٢ ، عبدالناصر العطار - السابق ص٢٠٤ ، البدراوى - السابق ص١٧٧، ١٧٨ ، سليمان مرقص- السابق ص٢٠٠ ، جمال زكى - السابق ص٢٣٤ ، حسن كيرة - السابق ص٤٢٧- ٤٢٨، جميل الشرقاوى - السابق ص١٨٠، لاشين الغاياتى - السابق ص٢٨٠ .

تطبق بأثر رجعى على سبيل الاستثناء ، مع أنه لا رجعية فيها إطلاقا ، وإنما أثر فورى على النحو السابق بيانه .

المطلب الثـانـي
النظريــة الحديثـــة

١٥٠- أسس النظرية الحديثة فى تنازع القوانين فى الزمان :

قامت النظرية الحديثة على أساس النقد الذى وجه إلى النظرية التقليدية ، فنقطة البداية فى النظرية الحديثة هى التفرقة بين مبدأين : مبدأ انعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد من جهة ، ومبدأ سريانه سريانا فوريا ومباشرا من جهة أخرى . وعلى أساس هذه التفرقة يقوم حل مشكلة تنازع القوانين فى الزمان [١] .

وقد كان لآراء الفقيه الفرنسى " فاربيل سومبير" التى نشرها سنة ١٨٩٣ بعنوان " نظرية جديدة فى رجعية القوانين" أثر كبير فى تحويل كثير من الفقهاء عن النظرية التقليدية ، بيد أن الفضل الأكبر فى إبراز النظرية الحديثة يرجع إلى الفقيه الفرنسى "بول روبيه" الذى وضع مؤلفا من جزأين بعنوان " تنازع القوانين فى الزمان "[٢] وأيده كثير من الفقه الحديث وفى مقدمتهم "بلانيول" ، "ديموج" ، "كابيتان" و "ديجى" وغيرهم ، وانتهى هذا الفقه الحديث إلى أن حل مشكلة تنازع القوانين فى الزمان يقوم على أساس مبدأين :

أ- مبدأ انعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد .

---

(١) أنظر فى ذلك : توفيق فرج - السابق ص٣٢٩ وما بعدها ، سليمان مرقص - السابق ص٢٠١ وما بعدها ، سمير تناغو - السابق ص٦٧٠ وما بعدها ، البدراوى - السابق ص١٧٨ وما بعدها ، أحمد سلامة - السابق ص٢١٩ وما بعدها ، جمال زكى - السابق ص٢٣٤ وما بعدها ، عبدالناصر العطار - السابق ص٢٠٤ وما بعدها ، عبدالودود يحي - السابق ص١٤٣ وما بعدها ، نعمان جمعة - السابق ص٢٤٣ وما بعدها ، منصور مصطفى منصور - السابق ص٢١٥ وما بعدها ، لاشين الغاياتى - السابق ص٢٨٠ وما بعدها .

(٢) عبدالودود يحي- السابق ص١٤٣، سليمان مرقص- الموضع والإشارة السابقة ، نعمان جمعة - الموضع والإشارة السابقة .

ب- ومبدأ الأثر المباشر أو الفورى للقانون الجديد .

١٥١- أولا : عدم رجعية القانون الجديد فى مفهوم النظرية الحديثة :

سبق أن عرفنا ما هو المقصود بمبدأ عدم رجعية القانون ، وعلينا الآن أن نبين كيفية تطبيقه وفقا لمفهوم النظرية الحديثة ، أى على أساس التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون ، وهذا هو جوهر النظرية الحديثة فى تنازع القوانين فى الزمان ، وتقوم هذه التفرقة على فكرة أن الأثر الرجعى هو تطبيق القانون على الماضى أما الأثر المباشر فهو تطبيق القانون على الحاضر، ونقصد بذلك أن القانون الجديد يجب ألا يمس ما تم أو انقضى فى ظل القانون القديم من المراكز ، كما ينبغى ألا يمس ما توافر من عناصر خاصة بتكوينها أو انقضائها ، ولا ما رتبته تلك المراكز القانونية من آثار .

والمركز القانونى اصطلاح ينطبق على المراكز الفردية التى يمكن الاحتجاج بها فى مواجهة الكافة ، كمركز المالك مثلا [١] ، وعدد المراكز القانونية غير قابلة للحصر ، ففى نطاق قانون الأحوال الشخصية يوجد : مركز الزوج ، ومركز الإبن الشرعى ، ومركز الإبن الطبيعى ، ومركز الوصى ، ومركز القيم ... الخ . وفى نطاق قانون المعاملات (الأموال) يوجد مركز المالك ، ومركز صاحب حق الانتفاع ، ومركز الدائن المرتهن ، ومركز الدائن العادى ، ومركز المدين ، ومركز البائع ، ومركز المشترى ... الخ .

وهذه المراكز القانونية لا تنشأ وتنتج آثارها فى وقت واحد ، وإنما قد تستغرق زمنا يطول أو يقصر ، فإذا صدر قانون جديد وطبق على ما تم من هذه المراكز القانونية ، فإنه يكون ذا أثر رجعى ، وإذا لم يمس إلا ما يتم بعد تطبيقه فإن هذا هو الأثر الفورى أو المباشر للقانون[٢] .

---

(١) سمير تناغو - السابق ص٦٧٢ ، جمال زكى - السابق ص٣٣٥ .

(٢) عبدالودود يحي- السابق ص١٤٤ ، أحمد سلامة - السابق ص٢٢١.

وتوضيح ذلك يقتضـى التفرقـة بين القواعد المتعلقـة بتكويـن أو انقضـاء المراكز القانونية ، وبين القواعدِ المتعلقة بآثار تلك المراكز .

١٥١- م(أ) القوانين المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية:

أ- ففيما يتعلق بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية ، نجد أن بعض هذه المراكز يتكون وينقضى فى لحظة واحدة ، وبعضها يستغرق تكوينه أو انقضائه فترة معينة من الزمن قد تطول وقد تقصر ، ومن أمثلة النوع الأول : مركز المضرور حيث ينشأ له الحق فى التعويض فى ذات اللحظة التى وقع فيها الفعل الضار ، ومركز الوارث حيث ينشأ حقه فى الإرث لحظة وفاة المورث ، أما النوع الثانى فمن أمثلته مركز الموصى له الذى يتطلب وصية صحيحة ووفاة الموصى ، والتقادم المسقط الذى يفترض سكوت الدائن عن المطالبة بحقه فترة معينة من الزمن ، والتقادم المكسب الذى يتطلب حيازة مستمرة وهادئة وواضحة فترة زمنية معينة ، لا ينشأ المركز القانونى إلا بعد انقضاء المدد التى يتطلبها القانون فى هذه الأمثلة . فإذا كانت المراكز القانونية قد تكونت وانقضت – حسب المفهوم السابق – فى ظل القانون القديم فإن القانون الجديد لا يسرى عليها سواء تم التكوين أو الانقضاء فى لحظة واحدة أم استغرق وقتا من الزمن ، فإذا تصرف شخص فى ظل قانون يعتبره كامل الأهلية ، فإن ما أبرمه من تصرفات فى ظل هذا القانون يعتبر صحيحا حتى ولو صدر قانون بعد ذلك يرفع سن الرشد عما هو عليه ، وإذا وضع شخص يده على عقار مملوك لغيره بغية التملك ومضت مدة التقادم المكسب قبل صدور القانون الجديد فإن مركزه كمالك ينشأ حتى ولو كان القانون الجديد يطيل مدة التقادم المكسب بأن جعلها ٢٠ عاما بدلا من خمسة عشر عاما مثلا ، ولا يتأثر مركزه القانونى بطول المدة فى القانون الجديد .

وفيما يتعلق بانقضاء المراكز القانونية : فإن ما انقضى منها فى ظل القانون القديم لا يسرى عليه القانون الجديد وإلا اعتبره ذا أثر رجعى ، فإذا طلق شخص زوجته بإرادته المنفردة فى ظل قانون يجيز ذلك ثم صدر قانون بعد ذلك يقيد الطلاق باستلزام وقوعه أمام المحكمة ، فإن هذا القانون لا يسرى على ما انقضى من روابط زوجية فى ظل القانون القديم، والأمر عينه فى شأن التقادم المسقط الذى أشرنا إليه سابقا .

ب- وفيما يتعلق بتوافر بعض العناصر اللازمة لتكوين أو انقضاء المركز القانونى فإن القانون الجديد ينبغى ألا يمس ما توافر من هذه العناصر إذا كانت هذه العناصر لها فى ذاتها قيمة خاصة ، أما العناصر التى لم يتم تكوينها أو انقضائها فإنها تخضع للقانون الجديد دون أن يعتبر هذا سريانا للقانون على الماضى ، من ذلك مثلا المركز القانونى الناشئ عن الوصية، فهى تتكون من عنصرين :

الأول : وصية صحيحة .

الثانى : وفاة الموصى .

ولا يغنى أحد العنصرين عن الآخر ، فإذا فرض وكان القانون يجيز الوصية التى تصدر فى ورقة عرفية ، وفعلا قام الموصى بتحريرها فى هذا الشكل ، وقبل وفاته صدر قانون جديد يتطلب إفراغ الوصية فى ورقة رسمية ، ففى هذا المثال نجد أن العنصر الثانى وهو الوفاة لم يتحقق، والذى تحقق هو وجود الوصية ، ولما كان هذا الوجود عنصر له أهمية خاصة فإن القانون الجديد لا يمسه ، ومن ثم تظل الوصية صحيحة فى شكلها العرفى وتنفذ عند تحقق العنصر الثانى الذى يخضع لأحكام القانون الجديد ، فلو أن القانون الجديد صدر وتقضى أحكامه بانقاص الحد

الجائز الإيصاء به بأن جعله الربع بدلا من الثلث فإنه هو الذى يطبق ولا تنفذ الوصية إلا فى حدود القدر الذى يسمح به القانون الجديد[1] .

١٥١- مكرر (ب) ثانيا : القوانين المتعلقة بترتب الآثار القانونية :

بالنسبة للآثار المترتبة على المراكز القانونية ، فإن مقتضى مبدأ عدم الرجعية ، أنه لا يسرى القانون الجديد على ما ترتب من هذه الآثار فعلا قبل نفاذه ، وإنما يقتصر سريان القانون الجديد على ما لم يتم من هذه الآثار تطبيقا لقاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد الآتى بيانها بعد قليل .

فلو كان القانون القديم يقضى بانتقال الملكية فى العقارات والمنقولات بمجرد العقد ، ثم صدر قانون جديد يقضى بتعليق ملكية العقار على إتمام التسجيل ، فإن القانون الجديد لا يسرى على ما تم من عقود قبل العمل به ، كما لا يمس الآثار التى تكون قد ترتبت عليها من حيث انتقال الملكية إلى المشترى، ومن ثم لا يلزم تسجيل العقود التى تمت قبل صدور القانون الجديد .

وإذا كانت الآثار التى تترتب على المركز القانونى تستمر وقتا طويلا ، وصدر القانون الجديد فى خلال الفترة التى تترتب فيها هذه الآثار ، فإن القانون الجديد لا يسرى على ما تم منها فعلا ، فإذا أقرض شخص آخر قرضا بفائدة ٩٪ فى ظل قانون يجيز هذه النسبة من الفوائد ، ثم صدر قانون يخفض سعر الفائدة إلى ٧٪ فإن القانون الجديد لا يمس الفوائد التى استحقت قبل صدوره ، سواء كانت قد دفعت أم لا ، ولكن القانون الجديد يسرى فقط على ما يستحق من فوائد بعد صدوره تطبيقا لقاعدة الأثر الفورى للقانون .

---

[1] أنظر فيما سبق : عبدالودود يحي- السابق ص١٤٤-١٤٦ ، أحمد سلامة - السابق ص٢٢٢ ، توفيق فرج - السابق ص٣٣٠ - ٣٣٢ ، جمال زكى - السابق ص٢٣٦-٢٣٨ ، سمير تناغو - السابق ص٦٧٤- ٦٧٦.

١٥٢- الاستثناءات الواردة علـى مبدأ عدم الرجعية فـى النظريـة الحديثة :

أورد أنصار النظرية الحديثـة عدة استثناءات علـى مبدأ عدم رجعيـة القانون تخلص فى أربعة استثناءات :

الأول : النـص الصريـح علـى الرجعيـة : وهـذا الاسـتثناء بمعنـاه السـابق فـى النظرية التقليدية هـو ذاتـه فـى النظريـة الحديثـة ، ومـن ثـم كـان هـذا الاستثناء حالة مشتركة بين النظريتين .

الثاني : القوانين التفسيرية : تطبـق بـأثر رجعـى اعتبـارا مـن تـاريخ القـانون الأصلى الذى يرد عليه التفسير[١] لأن هذه القوانيـن ليسـت إلا تفسـيرا لقوانين سابقة ، فهى جزء منها ، غير أن بعض الفقه[٢] يـرى أن هـذا الاستثناء لا يعد استثناء بـالمعنى الصحيـح إذا اقتصـرت القوانيـن التفسيرية على التفسير فقط ، إذ الحال هنا أن الذى يطبق هـو القـانون القديم مفسرا طبقا للمعنى الذى أوضحه المشرع فى القـانون الجديـد ، والمشرع فى القوانيـن التفسـيرية لـم يـأتى بقواعـد جديـدة تتنـازع مـع القواعد القديمة حتى يقال أن هذه القواعد تطبق بأثر رجعى .

الثالث : القوانين الجنائية الأصلـح للمتهـم : يـرى أنصـار النظريـة الحديثـة أن القوانين الجنائية الأصلح للمتهم تطبق عليه ما لم يصدر بالعقوبة حكـم قضائى ، وهذا لا يعد استثناءا من مبدأ عـدم الرجعيـة ، إذ أن تطبيـق القـانون الجديـد يتـم بمقتضـى الأثـر المباشـر ، لأن المركـز القـانونى الناشئ عن الفعل الذى ارتكبه المتهـم لا يتـم بمجـرد ارتكـاب الفعـل ، وإنما يصدر بحكم قضائى ، فإذا صدر قانون جديد يمحو الجريمـة أو

---

[١] نعمـان جمعـة – السـابق ص٢٤٤ ، جمـال زكـى – السـابق ص٢٤٠ ، أحمـد سـلامة – السابق ص٢٢٣ ، توفيق فرج – السابق ص٢٣٦ .

[٢] عبدالودود يحي – السابق ص١٤٧ ، حسن كيرة – السابق ص٣٦٠، وعكس ذلك توفيـق فرج – السابق ص٢٣٧ .

يخفف من عقوبتها بعد ارتكاب الفعل وقبل صدور الحكم : فإنه هو الذى يطبق على المتهم بما له من أثر مباشر ، إذ المركز القانونى لم يكتمل إلا فى ظل القانون الجديد وبالتالى يخضع له [١] .

الرابع : القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب : فهذه القوانين تطبق بأثر رجعى حسب مفهوم النظرية التقليدية ، ولكن أنصار النظرية الحديثة لا يرون فى تطبيق هذه القوانين أى استثناء على مبدأ عدم الرجعية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند نقد النظرية التقليدية ورأينا آنذاك أن أنصار النظرية التقليدية يخلطون فى صدد هذا الاستثناء بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون[٢] ، فما تراه النظرية التقليدية تطبيقا للقانون بأثر رجعى ليس إلا تطبيقا بأثر مباشر للقانون الجديد ، ولا يتضمن أى استثماء على مبدأ عدم رجعية القانون .

١٥٣- ثانيا : مبدأ الأثر المباشر أو الفورى للقانون الجديد :

يرى أنصار النظرية الحديثة أن مبدأ عدم رجعية القوانين لا يكفى وحده لحل مشكلة تنازع القوانين فى الزمان ، لأنه لم يبين لنا أى القانونين – القديم أو الجديد – هو الذى يطبق بالنسبة للمراكز القانونية الجارية ، أى المراكز التى بدأ تكوينها أو انقضاؤها فى ظل القانون القديم ، ولكنها لم تستكمل بعد عناصر التكوين أو الانقضاء ، وكذا المراكز التى تستمر فى ترتيب آثارها بعد صدور القانون الجديد ، ولذلك فالنظرية الحديثة تضيف إلى مبدأ عدم الرجعية مبدأ آخر هو الأثر المباشر أو الفورى للقانون الجديد ويعنى هذا المبدأ أن القانون الجديد يطبق فور صدوره على كل ما يستجد من أوضاع أو مراكز قانونية

---

(١) أنظر : أحمد سلامة – السابق ص٢٢٤ ، عبدالودود يحي – السابق ص١٤٨ ، سمير تناغو – السابق ص٦٨٥-٦٨٧ .

(٢) توفيق فرج – السابق ص٣٣٩ ، جمال زكى – السابق ص٢٤٠ ، نعمان جمعة – السابق ص٢٤٥ . وانظر بند ١٤٩ من هذا المؤلف .

تكونت في ظله ، ويطبق أيضا على الوقائع والتصرفات التي بدأت في ظل القانون القديم ، ولكنها لم تستكمل عناصر وجودها إلا بعد صدور القانون الجديد ، وكذلك يطبق بالنسبة للآثار التي تتم بعد صدوره حتى ولو كانت هذه الآثار مترتبة على مراكز أو أوضاع قانونية نشأت في ظل القانون القديم[١] .

وتطبيقا لذلك : إذا صدر قانون جديد يجعل حقا غير قابل للتقادم على خلاف القانون القديم الذي كان يجيز ذلك : ترتب على صدوره وقف التقادم الذي بدأ سريانه في ظل القانون القديم [٢] ، وإذا كان القانون القديم يحدد مدة التقادم المسقط بخمسة عشر سنة ، وكان هناك شخص يضع يده على عقار بغية تملكه ، ومضى على وضع اليد أربعة عشر سنة ، ثم صدر قانون جديد يشدد من شروط التقادم المكسب بأن جعل المدة عشرين عاما ، وجب أن تمضي ست سنوات بعد نفاذ القانون الجديد لاكتساب الملكية بالتقادم لأن سقوط الحق لا يتم إلا بانقضاء مدة التقادم كاملة وهي لم تكن قد اكتملت حين صدور القانون الجديد . وكذلك القانون الجديد الذي يقيد حق الزوج في إيقاع الطلاق باستلزام وقوعه أمام المحكمة : هو الذي يطبق على كل زواج يقع بعد العمل به ، كما ينطبق أيضا على كل زواج قائم قبل سريانه ، طالما أن المركز القانوني الناشئ عن هذا الزواج لم ينقضي في ظل القانون القديم ، وإذا صدر قانون جديد يجعل الوصية في حدود الربع قبل وفاة الموصي ، الذي كان قد أوصى لأحد الأشخاص بثلث تركته في ظل قانون يجيز ذلك فإن القانون الجديد هو الذي ينطبق على الوصية فيما يختص بتحديد قدرها الوارد به وهو الربع[٣] .

---

(١) توفيق فرج- السابق ص٣٤١، سليمان مرقص- السابق ص٢٠٦ ، سمير تناغو - السابق ص٦٨٨ وما بعدها ، أحمد سلامة - السابق ص٢٢٤ ، جمال زكي - السابق ص٢٤١، عبدالودود يحي - السابق ص١٤٩ ، نعمان جمعة- السابق ص٢٤٥ .

(٢) سمير تناغو- السابق ص٦٨٩ .

(٣) أحمد سلامة - السابق ص٢٢٤ ، توفيق فرج - السابق ص٢٤١ .

١٥٤- الاستثناء على قاعدة الأثر المباشر (الأثر المستمر للقانون القديم) :

يرد على مبدأ الأثر المباشر للقاعدة القانونية استثناء واحد هو : أن الآثار التى تترتب على العقود تظل خاضعة للقانون الذى أبرمت فى ظله ، حتى ولو نتجت هذه الآثار أو استمرت بعد صدور القانون الجديد(١) . فالعقد لا يخضع للأثر الفورى للقانون الجديد(٢) ولكن يخضع للقانون القديم الذى أبرم فى ظله ، أى أن القانون القديم يظل حاكما للمراكز العقدية سواء من حيث آثارها أم من حيث طرق انقضائها ، ويترتب على ذلك أن الآثار المستقبلة للعقود التى أبرمت فى ظل قانون معين تبقى خاضعة لهذا القانون ولا ينطبق عليها أحكام القانون الجديد .

وحكمة هذا الاستثناء :

أ- أن استقرار المعاملات وثقة المتعاملين فى النظام الاجتماعى تقتضى استمرار خضوعهم للقانون الذى أبرم التعامل فى ظله ، فمضمون العقد هو ما اتفق عليه أطرافه فى حدود أحكام القانون المتعلقة به ومن ثم فإن فرض أحكام جديدة لكى تصبح جزءا من العقد بدلا من الأحكام القديمة يؤدى إلى الإخلال بالتوازن العقدى ، وهذا ما يتنافى مع استقرار المعاملات وقواعد العدالة .

ب- لاشك أن إخضاع المراكز العقدية لقاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد ، لا تجعل القاعدة القانونية تؤدى الغرض المقصود منها وهو توحيد القواعد التى تحكم أوضاعا متماثلة " فالأثر المباشر عند أنصار النظرية الحديثة يبرره ما يحققه من وحدة القانون فى الدولة ، ولكن هذه الحكمة

---

(١) جمال الدين زكى – السابق ص٢٤٢ ، عبدالودود يحي– السابق ص١٥١، أحمد سلامة – السابق ص٢٢٥ ، سليمان مرقص– السابق ص٢٠٧

(٢) أنظر : نعمان جمعة – السابق ص٢٤٦ .

تنتفى بالنسبة للمراكز العقدية ، لأن تنظيم هذه المراكز يختلف تبعا لمشيئة الأفراد[١] ، إذ الأصل فى العقود أنها شريعة المتعاقدين وأن أحكامها تختلف وتتباين تبعا لاتفاق العاقدين ، فليس يتفق مع طبيعتها أن توحد أحكامها ولا أن يوجد التشريع الذى يطبق عليها ، وبالتالى فلا محل للتمسك فى شأنها بالأثر المباشر للقانون الجديد[٢] .

بيد أن أنصار النظرية الحديثة يرون قصر هذا الاستثناء على دائرة العقود التى يترك القانون امر تنظيمها وتحديد آثارها لإرادة الأفراد ، كعقود البيع ، والإيجار ، والقرض ، فقد ينظم بائع – مثلا– علاقته بالمشترى على نحو معين ، وينظم بائع آخر علاقته على نحو مخالف[٣] وهكذا الشأن فى العلاقة الإيجارية والقرض .

أما العقود التى يقتصر دور الإرادة الفردية فيها على قبول التنظيم الذى استأثر المشرع بوضعه ، دون أن يكون لهذه الإرادة نصيب فى تحديد هذا التنظيم أو تعديل أحكامه كالزواج ، وعلاقة الموظف بالدولة ، ونظام الملكية وغيرها من الحقوق العينية ، فإنها تخرج عن نطاق الاستثناء لانتفاء حكمته ، ويتعين الأخذ فيها بالأثر المباشر للقاعدة القانونية[٤] وهذا ما يطلق عليه " النظام القانونى " أى الروابط أو العلاقات التى لا دخل لإرادة الأفراد فى تنظيمها بل يتولى القانون تنظيمها مباشرة .

---

[١] توفيق فرج– السابق ص٣٤٣، نعمان جمعة – السابق ص٢٤٦ ، جمال زكى – السابق ص٢٤٢.

[٢] أنظر : سليمان مرقص– السابق ص٢٠٧ .

[٣] أنظر : عبدالودود يحي – السابق ص١٠٢ .

[٤] جمال زكى – السابق ص٢٤٣؛ توفيق فرج – السابق ص٣٤٥ ، نعمان جمعة– السابق ص٢٤٧، سمير تناغو– السابق ص٦٩٧ ، عبدالناصر العطار– السابق ص٢٠٥–٢٠٧، لاشين الغاياتى – السابق ص٢٨٥.

١٥٥- تقييم النظرية الحديثة :

لاشك أن النظرية الحديثة فى تنازع القوانين من حيث الزمان تمتاز بعدة مميزات أهمها :

أ- وضوح الأساس الذى تقوم عليه ، إذ يرجع إليها الفضل الأول فى التفرقة بين الأثر الرجعى للقانون والأثر المباشر له بصورة واضحة وهى تفرقه هامة وتترتب عليها نتائج خطيرة ، ولم يتنبه لها أنصار النظرية التقليديـــة.

ب- لم تكتف هذه النظرية فى تحديد نطاق القانون بمبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعى ، إذ رأى أنصارها أن هذا المبدأ وحده لا يكفى لحل مشكلة تنازع القوانين فى الزمان ، ومن ثم رأوا - ضرورة إكماله بإضافة مبدأ الأثر المباشر حتى يتسنى معرفة أى القانونين القديم أو الجديد- هو الأولى بالتطبيق بالنسبة للمراكز القانونية الجارية [١] . على النحو السابق تفصيله فى حينه .

ورغم هذه المزايا فقد وجه إليها النقد على أساس أنها " تطلق سريان القانون القديم على آثار العقــود التى أبرمت فى ظلــه دون أن تعتد بفكرة النظام العـــام ، مع أن إرادة الأفراد ينبغى أن تنثنى أمـــام اعتبارات النظام العـــام ...[٢] .

ونحن نرى أن هذا النقد فى غير محله لأن النظرية فرقت بين المراكز العقدية التى يترك القانون أمر تنظيمها وتحديد آثارها لإرادة الأفراد ، فهذه المراكز تبقى خاضعة للقانون القديم ، اما ما يتعلق بالقوانين المتعلقة بالنظام القانونى ، وأهمها القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب من باب أولى - سواء كانت ذات أهمية قصوى أو دنيا فهذه القوانين تطبق بأثر فورى ومباشر للقانون الجديد ، ومن ثم فقد اعتدت النظرية وأخذت فى حسبانها فكرة النظام العام والآداب وأخضعت ما يتعلق بها للأثر الفورى للقانون الجديد .

---

(١) توفيق فرج- السابق ص٣٤٩ ، عبدالودود يحي- السابق ص٨٥٣.

(٢) جمال زكى - السابق ص٢٤٣.

ومع ذلك فإن أهم ما وجه إليها من نقد معقول - في رأينا - هو أنها قصرت في بعض الأحيان عن الحل الشافي لبعض المسائل[1] بدليل أن القانون لجأ إلى بعض الحلول التشريعية لبعض المسائل التي قد تثير صعوبات أو خلافات في حلها حتى في إطار أحكام هذه النظرية .

(1) أحمد سلامة - السابق ص٢٢٨ .

المبحث الرابع

الحلول التشريعية والعملية

لمشكلة تنازع القوانين فى الزمان

١٥٦- تمهيد :

إزاء قصور الحلول الفقهية السابقة فى حل مشكلة تنازع القوانين فى الزمان ، بما وجه لكل منها من نقد ، عنى المشرع المصرى بوضع الحلول لبعض مشاكا تنازع القوانين فى الزمان ، ومن ثم لم يعد ثمة مجال للخلاف حولها . وقد جاءت هذه الحلول متناثرة بين فروع القانون المختلفة ، ففى نطاق القانون المدنى نجد الحلول المتبعة بتنازع القوانين الخاصة بالأهلية والتقادم ، وقواعد الإثبات ، وهكذا الشأن فى مواطن مختلفة فى قانون العقوبات ، وقانون المرافعات .

وسنعرض فيما يلى لهذه الحلول فى عجالة سريعة .

المطلب الأول
الحلول الواردة فى القانون المدنى

١٥٧- أولا : الأحكام المتعلقة بالأهلية :

تنص المادة السادسة من القانون المدنى المصرى على أن :

"١- النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص .

٢- وإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية حسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة ، فإن ذلك لا يؤثر على تصرفاته السابقة ".

ويستبين من هذا النص أنه يضع حلا لمسألتين يثيرهما تنازع القوانين المتعلقة بالأهلية فى الزمان ، الأولى : هى بيان مركز الشخص نفسه من حيث أهليته ، والثانية : ، حكم تصرفات الشخص نفسه التى صدرت فى ظل القانون القديم .

أ- فبالنسبة للمسألة الأولى وهى أهلية الشخص نفسه : نجد أن النص يقرر سريان القانون الجديد سواء كان يرفع سن الرشد أم يخفضها عما كانت عليه فى القانون القديم . فإذا كان سن الرشد فى القانون القديم ١٨ سنة ، ورفعها القانون الجديد إلى ٢١ سنة فإن كل من لم يبلغ هذه السن يعتبر قاصرا حتى ولو كان قد بلغ سن الرشد فى القانون القديم ، وإذا خفض القانون الجديد سن الرشد من ٢١ سنة إلى ١٨ سنة فإن كل من يكون قد بلغ هذا السن وقت نفاذ القانون الجديد يعتبر رشيدا [١] .

وهذا الحل يتفق فى الحالتين مع فقه النظرية التقليدية .

---

(١) عبدالودود يحي – السابق ص١٠٦ ، توفيق فرج – السابق ص٣٥٧ .

وأما بالنسبة لفقه النظرية الحديثة فإن الحل الذى أخذ به المشرع الوضعى المصرى يتفق معها فى حالة تخفيض القانون الجديد لسن الرشد ، إذ الأثر المباشر للقانون الجديد من شأنه أن يجعل كل قاصر فى ظل القانون القديم رشيدا منذ نفاذ القانون الجديد ، لأن مركز القاصر لم يكن قد انقضى بعد ، فيملك القانون الجديد تقرير انقضائه واعتباره رشيدا بما له من أثر مباشر .

أما فى حالة رفع سن الرشد فإن هذا الحل لا يتفق مع ما ذهب إليه الأستاذ " روبيه " الذى يرى أن الشخص إذا كان قد بلغ سن الرشد فى ظل القانون القديم ، فإن مركزه كقاصر يكون قد انقضى ، ومن ثم لا يملك القانون الجديد المساس وإلا اعتبر ذا أثر رجعى .

بيد أن بعض أنصار النظرية الحديثة لا يرون تعارضا بين الحل الذى أورده المشرع المصرى فى هذا الشأن وبين فقه النظرية الحديثة إذ أن مركز القاصر إذا كان قد انقضى فى ظل القانون القديم ، إلا أنه تخلف عنه مركز آخر هو مركزه كرشيد ، وهذا المركز من المراكز المستمرة التى تظل حتى الوفاة ، ومن ثم فالقانون الجديد يستطيع المساس به بما له من أثر مباشر ، طالما أن المساس بهذا المركز لا ينصرف إلى الماضى بل إلى المستقبل ومن وقت نفاذ القانون الجديد فقط[١] .

ب- أما بالنسبة لتصرفات الشخص : فيجب التفرقة بين حالتين :

الأولى : خاصة بالتصرفات المبرمة بعد نفاذ القانون الجديد ، وهذه التصرفات صحيحة إذا صدرت من أشخاص يعتبرهم القانون الجديد كاملى الأهلية ، وتكون هذه التصرفات باطلة أو قابلة للإبطال إذا كان القانون الجديد يعتبرهم عديمى أو ناقصى الأهلية .

---

[١] أنظر : حسن كيرة – السابق ص٤٧ ، ٤٧١ ، عبدالودود يحيَ- السابق ص١٥٧.

الثانية : خاصة بالتصرفات المبرمة فى ظل القانون القديم ، وهذه التصرفات ينطبق عليها الحكم الذى يقضى به القانون سواء بالصحة أو بالبطلان[1] . فلو أبرم شخص عمره عشرون سنة تصرفا يعتبره القانون القديم صحيحا لأن سن الرشد فيه ثمانية عشر عاما ، فإن هذا التصرف يكون صحيحا لأنه صدر من شخص كان يعتبره القانون رشيدا ، حتى ولو صدر قانون جديد يرفع سن الرشد إلى ٢١ عاما وبمقتضاه عاد هذا الشخص قاصرا .

وجدير بالذكر أن هذا الحل الذى وضعه المشرع المصرى فى هذا الصدد يتفق مع كل من النظريتين ، التقليدية والحديثة على السواء .

١٥٨- ثانيا : القوانين المتعلقة بالتقادم :

تنص المادة السابعة من التقنين المدنى المصرى على أنه :

"١- تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل .

٢- على أن النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة ، وتنص المادة الثامنة من هذا التقنين على أنه"[2] إذا قرر النص الجديد مدة التقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة بدأت قبل ذلك " .

أما إذا كان الباقى من المدة التى ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى" .

---

(١) نعمان جمعة – السابق ص٢٥٠ .

(٢) أنظر : أحمد سلامة – السابق ص٢٣٣ ، جمال زكى – السابق ص٢٤٥ ، سمير تناغو – السابق ص٧٠٧ وما بعدها .

ويستخلص من نص المادتين السابقتين الأحكام الآتية :

أولا : مدة التقــادم :

فى هذا الصدد لا يخلو الأمر من فرضين ، إما أن يطيـل القـانون الجديـد المدة أو يقصرها .

أ- فإذا أطال القانون الجديد مدة التقادم ، فإن التقادم الجارى لا يكتمل إلا بعد انقضاء المدة التـى نـص عليهـا القـانون الجديـد مـع إدخـال المـدة السابقة فى الاعتبــار .

فإذا كان القانون القديم يحدد مدة التقادم بعشر سنوات ، وبدأ التقادم فى ظله ، ومضت على بدءه تسع سـنوات ،ثـم صـدر قـانون جديـد يطيـل المدة إلى خمسة عشر عامـا ،فـإن الشـخص لا يمتلـك إلا بعـد مضـى ست سنوات آخرى تضاف إلـى التسـع سـنوات السـابقة لتكتمـل المـدة خمسة عشر عاما حسبما نص عليها القانون الجديد .

ب- أما إذا قصر القانون الجديد مدة التقادم بأن جعلها عشر سنوات مثـلا بدلا من خمس عشرة سنة ،فإن هذا التقصير فـى المـدة يثـير فرضيـن بالنظر إلى ما تبقى من المدة الباقية .

الفرض الأول :

أن تكون مدة التقادم التى قررها القانون الجديـد اقصـر ممـا بقىمـن مـدة التقادم وفقا للقانون القديم ،فهنا يطبـق القـانون الجديـد بـأثر مباشـر ،فـاذا وضـع شخص يده على عقار بنية التملك فى ظل قانون يجعل مدة التقادم خمســة عشـر عاما ،ومر ثلاث سنوات علـى وضـع اليـد ،ثـم صـدر قـانون جديـد يجعـل مـدة التقادم عشر سنوات ،فإن المدة التى قررها القانون الجديـد وهـى عشـر سـنوات هى التى تسرى ويبدأ نفاذها من وقت العمل بهذا القانون ،أى أننا نصرف النظر عن الثلاث سنوات التى قد انقضـت فـى ظـل القـانون القديـم ، وذلـك لأن المـدة

الباقية من التقادم فى ظل القانون القديم وهى ١٢ سنة أطول من مدة التقادم فى القانون الجديد وهى عشر سنوات .

الفرض الثانى :

أن تكون المدة الباقية للتقادم حسب القانون القديم أقصر من المدة التى يحددها القانون الجديد ، وفى هذه الحالة لا يطبق القانون الجديد ، بل يتم التقادم بانقضاء المدة الباقية طبقا للقانون القديم ، ففى مثالنا الذى عرضناه فى الفرض الأول ، إذا كان التقادم قد استمر ١٢ سنة ، قبل نفاذ القانون الجديد ، ثم صدر هذا القانون وجعل مدة التقادم ١٠ سنوات فقط بدلا من ١٥ سنة، فإن التقادم يكتمل فى هذه الحالة وفقا للقانون القديم فيستمر ثلاث سنوات ، لأن هذه المدة الباقية - الثلاث سنوات- أقل من المدة التى حددها القانون الجديد للتقادم وهى عشر سنوات ، ومن ثم لا يسرى القانون الجديد على مدة التقادم فى هذا الفرض ، وهذا يعنى إحلال فكرة الأثر المستمر للقانون القديم محل الأثر المباشر للقانون الجديد[1] .

ثانيا : فيما يتعلق ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه :

فالقاعدة أن كل واحدة من هذه الوقائع تخضع للقانون الذى حدثت فى ظله .

فبدأ التقادم لا يمكن بداهة أن يقع إلا فى ظل القانون القديم فى نطاق تنازع القوانين فى الزمان - وبالتالى فهو يخضع دائما لحكم القانون القديم ، أما بالنسبة لوقف التقادم وانقطاعه ، فيمكن وقوعهما أو وقوع أحدهما فى ظل القانون القديم أو فى ظل القانون الجديد ، وفى الحالة الأولى يحكمه القانون

---

(١) توفيق فرج- السابق ص٣٦٤، عبدالودود يحي- السابق ص١٦١ ، أحمد سلامة - السابق ص٢٣٣ ، عبدالناصر العطار - السابق ص٢١١، البدراوى - السابق ص١٩٢، سمير تناغو - السابق ص٧٠٨ ، وانظر نقض مدنى فى ١٩٦٩/٤/٨ ، مجموعة المكتب الفنى - س٢٠ ص٥٧٨.

القديم ، وفى الثانية يحكمه القانون الجديد . وتأسيسا على ما تقدم لو كان القانون القديم يقرر أن الإنذار يقطع التقادم ، وأتى القانون الجديد وقرر أن التقادم لا ينقطع إلا برفع الدعوى ، وكان من سرى التقادم ضده قد أنذر واضع اليد : هنا يجب تحديد تاريخ الإنذار لنعرف أى القانونين القديم أو الجديد – هو الذى يطبق ، فإذا كان الإنذار قد وقع قبل نفاذ القانون الجديد انقطع التقادم ، وإن كان قد وقع بعد نفاذه لا ينقطع التقادم . وإذا كان القانون القديم يجعل من الغيبة سببا لوقف التقادم الخمسى ثم صدر القانون الجديد ، وألغى هذا السبب ، وكان صاحب الحق الذى يتقادم بمضى خمس سنوات غائبا لمدة سنتين : هنا يجب تحديد ما إذا كانت الغيبة وقعت فى ظل القانون القديم أم الجديد ؟ ففى الفرض الأول لا تحتسب مدة الغيبة لأن التقادم يعتبر موقوفا خلالها . وفى الفرض الثانى تحسب مدة الغيبة ضمن مدة السنوات الخمس[١] .

١٥٩– ثالثا : القواعد القانونية المتعلقة بالإثبات :

تنص المادة التاسعة من التقنين المدنى المصرى على أنه " تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل ، أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده " .

فهذه المادة تبين الحل فى حالة التنازع الزمانى للقوانين المتعلقة بأدلة الإثبات التى تعد ، أو كان يجب إعدادها مقدما . وقبل أن تنشأ خصومة قضائية وهى ما تسمى بالأدلة المهيأة أو المعدة مقدما " أى الدليل الذى يعده الطرفان وقت التصرف لإثباته " [٢] .

والغالب أن هذه الأدلة : تكون الكتابة سواء كانت رسمية أم عرفية وهى تعد لإثبات التصرفات القانونية كالبيع والإيجار ، والقرض ، كما قد تعد لإثبات

---

[١] أحمد سلامة – السابق ص٢٣٥، سمير تناغو – السابق ص٧٠٩ ، وانظر نقض مدنى فى ١٩٧٠/٤/١٥ ، مجموعة المكتب الفنى س٢١ ص٦٢٥ .

[٢] البدراوى – السابق ص١٩٨ .

الوقائع المادية كواقعة الميلاد أو الوفاة [١] .

والحل الذى جاءت به المادة المذكورة هى : أن القانون الواجب التطبيق على هذه الأدلة : هو القانون الذى كان مطبقا عند إعداد الدليل أو فى الوقت الذى كان يجب فيه إعداده ، فمثلا : كان القانون القديم يلزم الكتابة لإثبات التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ، ثم جاء قانون الإثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ٩٢ ، والقانون ١٨ لسنة ٩٩ واستلزم الكتابة فى كل تصرف تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ، والحل الذى أخذ به القانون المصرى يؤدى إلى القول بأن التصرف الذى ابرم قبل قانون الإثبات الجديد ، وبلغت قيمته ١٢ جنيها مثلا يظل واجب الإثبات بالكتابة ، مع أن قانون الإثبات الجديد يجيز إثبات مثل هذا المبلغ بشهادة الشهود .

وعلى العكس من ذلك إذا كانت قيمة التصرف الذى أبرم فى ظل القانون القديم أقل من عشرة جنيهات ، فإنه يجوز إثبات مثل هذا التصرف بشهادة الشهود حتى ولو كان القانون الجديد فرضا قد استلزم الكتابة فيما يقل عن قيمة هذا التصرف [٢] .

ولا ريب أن المشرع المصرى فى هذه الحلول قد قرر استمرار تطبيق القانون القديم استثناء من قاعدة الأثر الفورى للقانون الجديد وهو فى ذلك كان منطقيا ومعقولا . إذ القانون الذى نشأ التصرف فى ظله هو القانون الذى يجب أن يحكم هذا التصرف من حيث شروط انعقاده وصحته . وإثباته[٣] وذلك حتى لا تتأثر مراكز الخصوم بالأحكام التى وردت فى القانون الجديد ، وتؤدى إلى عدم استقرار المعاملات وزعزعة الثقة بين المتعاملين .

---

[١] عبدالودود يحي – السابق ص١٦٢ .

[٢] توفيق فرج – السابق ص٣٦٧ ، البدراوى – السابق ص١٩٩ ، عبدالناصر العطار – السابق ص٢١٢ ، أحمد سلامة – السابق ص٢٣٦ .

[٣] البدراوى – السابق ص١٨٩ .

المطلب الثـانـي

الحلول الواردة فى قانون العقوبات
لحل مشكلة التنـازع الزمـانى

١٦٠- مبدأ عدم رجعية قوانين العقوبات :

تنص المادة الخامسة من قانون العقوبات على أنه :

"١- يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها .

٢- ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره .

٣- وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه ، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية .

٤- غير أنه فى حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفا لقانون ينهى عن ارتكابه فى فترة محدودة فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها" .

وهذه المادة توضح المبدأ العام فى قوانين العقوبات وهو أنها تسرى بأثر مباشر ، ولا تسرى بأثر رجعى ، وهذه القاعدة يتقيد بها المشرع نفسه ، ولا يستطيع الخروج عليها ، ولو بالنص الصريح خلافا للمسائل الأخرى غير الجنائية [1] كما سبق بيانه فى حينه وهذا هو المبدأ الذى أكده دستور مصر الصادر فى عام ١٩٧١ فى المادة ٦٦ منه ، لأن كفالة الحريات الفردية تقتضى ألا يؤخذ الأفراد على أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها .

---

[1] أنظر : توفيق فرج – السابق ص٣٧٢، جمال زكى – السابق ص٢٤٩ ، عبدالودود يحي – السابق ص١٦٦ ، سمير تناغو – السابق ص٧٢٠ وما بعدها .

١٦١- استثناء قوانين العقوبات الأصلح للمتهم :

بعد أن نص المشرع على المبدأ السابق أورد عليه استثناءا خاصا بقوانين العقوبات الأصلح للمتهم ، وقد فرق المشرع المصرى فى نطاق هذا الاستثناء - بين القانون الذى يخفف العقوبة على الجريمة التى ارتكبت قبل صدور القانون الجديد ، وبين القانون الذى يمحو هذه الجريمة .

وتفصيل ذلــك :

أ- إذا صدر القانون الجديد بعد ارتكاب الفعل المجرم جنائيا وقبل أن يصدر بشأنه حكم نهائى ، فهذا القانون الجديد هو الذى يطبق سواء كان هذا القانون يجعل الفعل الذى ارتكبه المتهم مباحا لا عقاب عليه ، أم كان يقتصر على تخفيف العقوبة المقررة على هذا الفعل ، ومن ثم فالمحكمة تقضى بالبراءة فى الحالة الأولى ، وتقضى بالعقوبة المخففة فى الحالة الثانية ، ويستفيد المتهم من هذا القانون - فى هذه الحالة - حتى ولو كان قد صدر ضده حكما طالما كان هذا الحكم قابلا للطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن .

ب- إذا صدر القانون الجديد الأصلح للمتهم بعد صدور حكم نهائى على المتهم ، فى هذه الحالة يجب التفرقة بين صورتين :

الأولى : إذا كان القانون الجديد يمحو الجريمة ويجعل الفعل الذى ارتكبه المتهم مباحا لا عقاب عليه ، ففى هذه الصورة يوقف تنفيذ الحكم ، وتنتهى آثاره الجنائية وكأن الحكم لم يصدر .

الثانية : إذا كان القانون الجديد يخفف العقوبة فقط : فإن المتهم لا يستفيد من هذا القانون الجديد ، لأن استفادته تتطلب إعادة النظر فى حكم الإدانة[١] وقد أصبح هذا مستحيلا بعد صدور الحكم نهائيا .

---

[١] أنظر : عبد الودود يحيى - السابق ص١٦٧ ، أحمد سلامة- السابق ص٢٣٩ ، عبدالناصر العطار- السابق ص٢١٤، نعمان جمعة - السابق ص٢٤٩ .

وتجدر الإشارة إلى أن استثناء قوانين العقوبات الأصلح للمتهم من مبدأ عدم الرجعية ليس مطلقا ، اذ يرد عليه قيد خاص يتعلق بالقوانين المؤقته ، ويقصد بها القوانين التى تصدر للعمل بها خلال فتره زمنيه محدده اذا ما انقضت زالت قوتها الملزمة ، وأصبحت الأفعال التى تجرمها أفعالا مباحه [١] كما لو صدر قانون يضع حدا اقصى لسعر سلعة معينة خلال فترة معينة ، ويجعل من البيع بأكثر من السعر جريمه يعاقب عليها فاعلها ، حتى اذا ما انقضت هذه الفتره زالت قوة القانون . فإذا ارتكب شخص مثل هذه الجريمة أثناء فترة قيام القانون ، فإن هذا الشخص تتم محاكمته طبقا لهذا القانون الذى وقعت الجريمة فى ظله ، مع أنه غير أصلح للمتهم ، وحتى لو صدر ضده حكم فى هذه الجريمة بمقتضى هذا القانون وانتهت فترة هذا القانون أثناء تنفيذ مدة العقوبة ؛ فإنه يستمر تنفيذ الحكم ، لأنه ارتكب المخالفة أثناء قيام القانون المؤقت . وبهذا الحكم خالف المشرع الوضعى منطق رجعية القوانين الأصلح للمتهم ، وذلك لاعتبارات المصلحة العامة التى تستوجب مثل هذه المخالفة ، وبغير ذلك يعمد الأفراد إلى مخالفة القوانين المؤقتة فى الأوقات الأخيرة لنفاذها أو يتعمدون إطالة إجراءات المحاكمة حتى تنتهى هذه الفترة ويضمنون عدم العقاب ، وفى هذا ما لا يخفى من التنافر مع مصالح المجتمع والأهداف المقصودة من القوانين .

ويراعى أنه لكى يطبق الحكم السابق يجب أن تكون إجراءات الدعوى الجنائية قد بدأت قبل انتهاء المدة المحددة لنفاذ القانون المؤقت سواء كان الحكم قد صدر أم لا ، وإلا أفلت المتهم من العقاب على مخالفة هذه القوانين المؤقتة ، ويستفيد من قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم (أنظر ٥/٤ ع) .

---

(١) احمد سلامة - السابق - صـ٢٣٩ ، توفيق فرج - السابق - صـ١٨٠ ، جمال زكى - الموضع السابق .

المطلب الثـالث

الحلول الواردة بقانون المرافعات
لحل مشكلة التنازع الزمانى

١٦٢-المبدأ العام في قوانين المرافعات هو الأثر المباشر للقانون :

نود فى البداية أن نشير إلى أن أحكام التنازع الزمانى لقانون المرافعات محله : " مادة قانون المرافعات" ومن ثـم فسنكتفى هنـا بالإشـارة السريعة إلـى أحكام هذا التنازع ، ونحيل الدراسة التفصيلية لذلك إلى قانون المرافعات .

والمبدأ العام الذى أخذ بـه المشرع الوضعى المصـرى فـى قوانيـن المرافعات بالنسبة لأحكام التنازع الزمـانى هـو الأثـر المباشـر ، أى أن قوانيـن المرافعات ليس لها أثر رجعى[1] . وفى ذلك تنص المادة ٢ /١ من قـانون المرافعات على أنه " كل إجراء من إجراءات المرافعـات تـم صحيحـا فـى ظـل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك "-.

وعلى ذلك تخضع إجراءات المرافعات فى شروط صحتها وفـى آثارهـا للقانون الذى تمت فى ظله ، فإذا تم إعلان صحيفة الدعوى مثلا صحيحـا وفقـا لقانون معين ، بقى هذا الإعلان صحيحـا بعد صدور قـانون جديـد يتطلـب شروطا أخرى فى صحيفة الدعوى .

وتنص المادة الأولى من قانون المرافعات على أنـه " تسرى قوانيـن المرافعات على ما لم يكن فصل فيه فى الدعوى أو ما لم يكن تـم مـن الإجراءات قبل تاريخ العمل بها ، ويتثنى من ذلك :

---

[1] أنظر : جمال زكى – السابق ص٢٤٧، أحمد سلامة – السابق ص٣٤٢ ، نعمـان جمعـة – السابق ص٢٥٥ ، توفيق فرج – السابق ص٣٦٨وما بعدها .

١- القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة فى الدعوى .

٢- القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها .

٣- القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق .

فهذا النص يبين أن القانون الجديد هو الذى يسرى على كل الدعاوى التى لم يفصل فيها ، والتى كانت منظورة عند العمل به ، وعلى ذلك إذا كان القانون الجديد يجعل الدعوى من اختصاص محكمة أخرى غير المحكمة التى تنظرها تصبح المحكمة الجديدة هى المختصة وتحال إليها الدعوى(١) .

وينطبق القول بسريان القانون الجديد على الإجراءات التى تتبع فى نظر الدعوى إذ يجب أن يتبع فى شأنها ما يقضى به القانون الجديد(٢) .

١٦٣- استثناءات الخروج على قاعدة الأثر المباشر فى قوانين المرافعات :

أورد المشرع الوضعى المصرى عدة استثناءات على قاعدة الأثر المباشر فى قوانين المرافعات نوجزها فيما يلى :

أ- القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة (م١/١ مرافعات) حيث تظل المحكمة مختصة بنظر الدعوى التى رفعت إليها وفقا لقواعد القانون القديم رغم صدور قانون جديد يجعل الفصل فى هذه الدعاوى من اختصاص محكمة أخرى ، طالما كان

---

(١) أنظر : توفيق فرج- السابق ص٣٦٩ ، جمال زكى- الموضوع السابق ، وانظر فى هذا الموضوع : أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية بند ١١ وما بعدها ط ١٩٦٧م .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - المستحدث فى قانون المرافعات الجديد ص٣٢ .

تاريخ العمل بالقانون الجديد بعد إقفال باب المرافعة فى الدعوى[١] . لأن مصلحة الخصوم – بل والمصلحة العامة – تقتضى عدم إعادة النظر فى نزاع انتهت المحكمة من تمحيصه وأصبح صالحا للحكم فيه .

ب- القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها (م١/٢ مرافعات) ، فإذا بدأ ميعاد من مواعيد المرافعات كميعاد الطعن بالمعارضة والاستئناف مثلا فى ظل قانون قديم ، ثم صدر قانون جديد يعدل هذا الميعاد بإطالته أو بتقصيره مثلا ، فإن القانون القديم هو الذى يظل يحكم ميعاد الطعن حتى ولو صار القانون الجديد نافذا قبل انتهاء المواعيد القديمة ؛ وهذا استثناء من الأثر المباشر للقانون[٢] .

جـ- القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق (م١/ ٣ مرافعات) وهذا الاستثناء يتعلق بالقوانين التى تنشئ أو تلغى طريقا من طرق الطعن ، وذلك بالنسبة للأحكام التى صدرت قبل العمل بها ، وتطبيقا لذلك إذا صدر قانون يمنع الطعن بالمعارضة فى بعض الأحكام الغيابية فإن القانون القديم الذى كان يجيز الطعن بالمعارضة فى مثل هذه الأحكام هو الذى ينطبق[٣] وتظل مثل هذه الأحكام قابلة للطعن فيها ، ومن ثم لا يسرى عليها القانون الجديد .

---

[١] أنظر : جمال زكى – السابق ص٢٤٨ .

[٢] أنظر : عبدالودود يحي – السابق ص١٦٥ .

[٣] أنظر : د/ توفيق فرج – السابق ص٢٧٣، جمال زكى – السابق ص٢٤٩ ، نعمان جمعة – السابق ص٢٢٥ ، أحمد سلامة – السابق ص٢٤٣، سمير تناغو – السابق ص٧١٩ . وأنظر : نقض مدنى فى ١٩٧١/٥/٤ – مجموعة المكتب الفنى س٢٢ ص٥٨٨ .

الفصل الثالث

تفسير القانون

١٦٤- تمهيد : تعريف التفسير وأهميته[1] :

القواعد القانونية ترد عادة فى عبارات موجزة ، ومن ثم قد يغم على القاضى أو الفقيه معرفة المعنى المقصود من النص ، فيلجأ حينئذ إلى تفسيره ، ومعرفة ما إذا كان من الممكن تطبيقه على الفرض المعروض أمامه من عدمه .

فالتفسير : هو تحديد معنى القاعدة القانونية لرسم حدود تطبيقها العملى واستخلاص الحلول التى تتضمنها للعلاقات القانونية عما يدخل فى هذا من إيضاح غامضها وتفصيل مجملها [2] .

وإذا كانت القواعد القانونية أياما كان مصدرها تحتاج إلى هذا التفسير إلا أنه لا يعرض عملا إلا بالنسبة للقواعد التشريعية المكتوبة والصادرة من سلطة مختصة ؛ كما قد يرد على القواعد الدينية حيث يكون الدين مصدرا للقانون ، هذه القواعد ترد فى الكتب السماوية ، وقرارات المجامع الدينية ، وفتاوى رجال الدين ؛ إذ تأتى هذه القواعد فى عبارات مكتوبة ، مما يقتضى تفسيرها

---

[1] أنظر فى هذا الموضوع تفصيلا : سليمان مرقص- السابق ص٢٣٩ وما بعدها ، سمير تناغو - السابق ص٧٣٥ وما بعدها ، توفيق فرج - السابق ص٣٨٢وما بعدها ، عبد الودود يحي - السابق ص١٦٩ وما بعدها ، البدراوى - السابق ص١٤٠ وما بعدها ، منصور مصطفى منصور - السابق ص١٥٠ وما بعدها ، حسن كيرة - السابق ص٢١٨ وما بعدها ، عبدالفتاح عبدالباقى - السابق ص٢٠٠ وما بعدها ، جميل الشرقاوى ص٦٣ وما بعدها ، عبدالناصر العطار - السابق ص٢٢٨ وما بعدها ، نعمان جمعة - السابق ص٢٥٧ وما بعدها ، احمد سلامة- السابق ص٢٧٢ وما بعدها .

[2] جمال زكى- السابق ص٢٥٠ .

والوقوف على المعنى الحقيقى . لما تتضمنه عباراتها[1] ؛ وهذا ما دعا بعض الفقه ، إلى تعريف التفسير بمعنى أخص من معناه العام السابق حيث يعرفه بأنه " توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضت من أحكامه ، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة[2] " .

وترتيبا على ما تقدم فإن القواعد القانونية غير المكتوبة كقواعد العرف لا تثور بشأنها – غالبا– مشكلة التفسير ، لأن العرف يدخل المجتمع أساسا فى صورة سلوك عملى استقر فى أذهان ووجدان الأفراد ، فإذا ما ثار خلاف بشأنه، فإن النزاع يكون عادة حول التثبت من وجود القاعدة القانونية العرفية أو عدمها ، فإذا ثبت وجودها ، ثبت باللزوم معناها الحقيقى ، ومن هنا لا تثار مسألة تفسيرها . ودراسة تفسير القانون تقتضى أن نعرض له فى مباحث ثلاثة :

المبحث الأول : أنواع التفسير .

المبحث الثانى : مدارس التفسير المختلفة .

المبحث الثالث : طرق التفسير وقواعده .

---

(١) عبدالودو يحي – السابق ص١٦٩ .

(٢) د/ عبدالرازق السنهورى ، د/ حشمت أبو ستيت - أصول القانون ط١٩٥٠ ص ٧٧ .

المبحث الأول

أنواع التفسير

ينقسم التفسير بالنسبة إلى الجهة التى تتّولاه أو المصدر الذى ينبع منه إلى تفسير تشريعى ، تفسير فقهى ، وتفسير قضائى[١] . ونتكلم عن كل نوع من هذه الأنواع فى مطلب مستقل .

وترتيبا على ما تقدم فإن القواعد القانونية غير المكتوبة كقواعد العرف لا تثور بشأنها – غالبا – مشكلة التفسير ، لأن العرف يدخل المجتمع أساسا فى صورة سلوك عملى استقر فى أذهان ووجدان الأفراد ، فإذا ما ثار خلاف بشأنه، فإن النزاع يكون عادة حول التثبت من وجود القاعدة القانونية العرفية أو عدمها ، فإذا ثبت وجودها ، ثبت باللزوم معناها الحقيقى ، ومن هنا لا تثار مسألة تفسيرها . ودراسة تفسير القانون " تقتضى أن نعرض له فى مباحث ثلاثة .

المبحث الأول : أنواع التفسير

المبحث الثانى : مدارس التفسير المختلفة

المبحث الثالث : طرق التفسير وقواعده

---

[١] هناك نوع رابع من أنواع التفسير : هو التفسير الإدارى ، وهو ما تقوم به جهة الإدارة عند مباشرتها لسلطاتها الإدارية وهى بصدد تنفيذ قانون معين ، وذلك عن طريق وضع نصوص لائحية ولكننا أغفلنا معالجة هذا النوع من التفسير لأنه غير ملزم للأفراد ، ولا للقضاة ، ولا يعد مصدرا يرجع إليه ، لأن الإدارة ليس لها صفة لكى تفسر التشريع حتى ولو تعلق الأمر باللوائح التى تصدر عنها (أنظر فى ذلك : د/ توفيق فرج – السابق ص٣٨٤ هامش (١) ، سليمان مرقس– السابق ص٢٤٠ هامش (٢) ، مازو ، دروس فى القانون المدنى – الطبعة الرابعة ١٩٧٠ ص٢ .

المطلب الأول
التفسير التشريعى

١٦٦- ماهية التفسير التشريعى :

التفسير التشريعى : هو التفسير الذى يصدر من المشرع نفسه ليبين به حقيقة ما قصده من تشريع سابق إذا ظهر له أن المحاكم لم تهتدى إلى هذا القصد [١] .

والمشرع الوضعى يضطر إلى إصدار التشريع التفسيرى على أساس أنه أقدر من غيره على تفسير ما اختلفت المحاكم فى تفسيره. كما أن فكرة الفصل بين السلطات تستلزم القول بأن القضاة عليهم واجب تطبيق التشريع فقط ، فإذا وجدوا فيه غموضا فعليهم أن يلجأوا إلى المشرع الذى وضعه ليفسره لهم ، ولا يقوموا هم بتفسيره لئلا ينحرفوا بمعناه عن المعنى الذى قصده المشرع نفسه ، وهكذا فالتفسير التشريعى فى رأى البعض[٢] ينطوى على قدر من عدم الثقة فى قدرة القضاء على التفسير أو فى أمانتهم فيه ، وإن كنا نرى أن هذا القول تعوزه الدقة لأن الأمانة فى القاضى وهو يفسر القانون مفترضة فيه ، وإلا كان ليس أهلا لهذه الولاية أصلا ، كما أن عدم قدرته على التفسير قول غير دقيق لأن أحد المهام الأساسية للقاضى تفسير القانون بمناسبة الحالات الواقعية التى تعرض عليه للفصل فيها ، وفى كثير من الحالات نجده يطبق "روح القانون" لا نصه وهو أمر قد يصل إلى حد الوجوب ، أو ما يشبه ذلك فى حالات كثيرة وخاصة الحالات الإنسانية ، وهو لن يستطيع ذلك إلا إذا كان جديرا بتفسير القانون تفسيرا معقولا فى حدود المنطق والمشروعية بما له من ذوق قضائى خاص .

---

[١] سليمان مرقص- السابق ص٢٤١ .

[٢] سمير تناغو- السابق ص٧٣٨ .

والقانون الذى يصدر تفسيرا لتشريع سابق يسمى " بالقانون التفسيرى" أما القانون الذى صدر التفسير بشأنه فيسمى " القانون المفسر" [١] ، بيد أنه يلاحظ أن التفسير التشريعى أصبح نادر الوقوع فى العصر الحديث بعد أن كان هو الغالب فى العصور السابقة[٢] .

ومن أمثلة التفسير التشريعى فى القانون المصرى : المرسوم بقانون الذى صدر فى ٢ مايو سنة ١٩٣٥ تفسيرا للمرسوم الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ الذى فرض سعرا إلزاميا لأوراق البنكنوت ، وقرر بطلان شرط الدفع بالذهب بصيغة مطلقة ، وقد اختلفت المحاكم فى تفسير " بطلان شرط الدفع بالذهب " أيشمل المعاملات الخارجية فقط ؟ أم يشملها والمعاملات الداخلية كذلك ؟ ذهبت المحاكم المختلطة إلى تفسير ذلك بأن المقصود هو بطلان شرط الدفع بالذهب فى المعاملات الداخلية فقط دون المعاملات الدولية فاقتضى ذلك أن يتدخل المشرع فى سنة ١٩٣٥ وأن يقرر صراحة أن البطلان المنصوص عليه فى المرسوم بقانون الصادر سنة ١٩١٤ يلحق شرط الدفع بالذهب فى المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على حد سواء . ومثال التشريع التفسيرى أيضا ما جاء فى قانون الإصلاح الزراعى حيث نصت المادة ١٢ مكرر منه والتى أضيفت بالمرسوم بقانون ٢٦٤ لسنة ١٩٥٢ على أن اللجنة العليا للإصلاح الزراعى تتولى تفسير أحكام هذا القانون وتعتبر قراراتها فى هذا الشأن تفسيرا تشريعيا ملزما [٣] .

١٦٧- خصائص التفسير التشريعى :

يتميز التفسير التشريعى بأن له خاصيتان :

---

[١] عبدالودود يحي – السابق ص١٦٩ وما بعدها .

[٢] أنظر : سليمان مرقص – السابق ص .

[٣] أنظر : توفيق فرج – السابق ص٣٨٧ ، عبدالناصر العطار – السابق ص٢٢٩ ، سمير تناغو – السابق ص٧٤١، جمال زكى – السابق ص٢٥٢ .

أ- هو تفسير ملزم .

ب- أنه يسرى بأثر رجعى .

أما كونه ملزما ، فلأنه يصدر فى صورة تشريع وأما كونه ذا أثر رجعى فلأنه ينطبق على الوقائع التى حدثت قبل صدوره ، بل وعلى القضايا المنظورة التى لم يتم الفصل فيها لأنه يعتبر قد صدر فى الوقت الذى صدر فيه التشريع الأصلى الذى جاء يفسره[١] .

والمفروض أن التفسير التشريعى يصدر من السلطة أو الهيئة التى وضعت التشريع الذى يحتاج إلى تفسير ، فالسلطة التشريعية تختص بتفسير التشريعات الرئيسية ، والسلطات الإدارية تختص كل منها بتفسير ما وضعته من لوائح ، وبناء على ذلك لا يمكن للتفسير التشريعى فى الأصل أن يخلق قاعدة جديدة ، وإنما يقتصر فقط على توضيح مضمون القاعدة التى جاء ليفسرها ، ومع ذلك " قد يأتى التفسير التشريعى بقاعدة جديدة والرأى المتفق عليه تقريبا أنه إذا كانت السلطة التشريعية هى التى أصدرت التفسير فإن القاعدة الجديدة يجب احترامها - وتكون السلطة التشريعية فى هذه الحالة قد تسترت وراء التفسير لتنشئ قاعدة وتجعلها تسرى على الماضى وهذا العمل من حقها بشرط أن تحترم ما ينص عليه الدستور بصدد رجعية القوانين حسبما رأينا فى موضعه - أما إذا كان التفسير التشريعى قد صدر من سلطة أخرى خولتها السلطة التشريعية حق إصداره - كما هو الشأن بالنسبة للمادة ١٢ مكرر من قانون الإصلاح الزراعى السابق بيانها- ، فلا يجوز لهذه السلطة أن تنشئ قواعد جديدة لأنها تكون قد خرجت عن حدود المهمة الموكولة إليها ، ولئن فعلت فلا يعتد بما تصدره . ويكون للقضاء أن يمتنع عن تطبيقه .

---

[١] أنظر : عبد الودود يحي - السابق ص١٧١ ، أحمد سلامة - السابق ص١٧٤ .

المطلب الثـانى
التفسـير الفقهـى

١٦٨- مضمون التفسير الفقهي وخصائصه :

سبق أن عرفنا أن الفقه يقصد به : المؤلفات والشروح التى يكتبها أساتذة القانون والقضاة والمحامون وغيرهم من المشتغلين بالقانون[١] . واصطلاح الفقه يمكن أن يكون مرادفا لاصطلاح شرح القانون أو تفسيره . فالتفسير الفقهى يقصد به التفسير الذى يقوم به الفقيه فى مؤلفاته وأبحاثه وفتاويه وشرحه للقانون . ومن ثم فالفقيه يهتم فى العصر الحديث بتفسير القانون فى مصادره المختلفة فى التشريع والعرف والقضاء . ولعل أهم ما يقوم به فى هذا الشأن هو تحليل مضمون القاعدة القانونية ، ورد الأحكام التفصيلية إلى أصولها العامة ، وتنسيق المبادئ القانونية فى طوائف وتنظيرها فى نظريات بحيث يمكن معرفة حكم أى قاعدة قانونية فى سهولة ويسر .

وإذا كان الفقه يغلب على تفسيره الطابع الأكاديمى والنظرى بينما يمتاز التفسير القضائى بالطابع العملى ، إلا أن الفقيه والقاضى يعملان من خلال تعاون وثيق بينهما ، لأن القاضى وهو يفصل فيما يعرض عليه من منازعات يستهدى ويستنير بتفسيرات الفقهاء وآرائهم وإلا كان عمله - فى الغالب- مشوبا بالغموض والقصور . والفقيه وهو بصدد تفسير القانون يضع فى اعتباره أحكام القضاء ليحاول التوفيق بين آرائه والاتجاهات القضائية المختلفة [٢] .

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن التفسير الفقهى غير ملزم للقاضى ولا للفقهاء الآخرين ، ولا للفقيه الذى أصدر التفسير نفسه ، إذ يقتصر دور التفسير

---

[١] سمير تناغو - السابق ص٧٤٥.

[٢] أنظر : عبدالودود يحي - السابق ص١٧٣ ، جمال زكي - الموضع السابق ، أحمد سلامة - السابق ص١٧٩ ، نعمان جمعة - السابق ص٢٦٠ .

الفقهى على بيان وتوضيح المعنى الحقيقى للقواعد القانونية ، أى أنه مجرد مـن أية قوة إلزامية .

المطلب الثـــالث
التفســير القضائـــى

١٦٩- التفسير القضائى :

يقصد بالتفسير القضائى : التفسير الذى يقوم به القضاء أثناء نظر الدعاوى والتى ترفع إليهم حتى يتوصلوا إلى معرفة حكم القانون فى تلك الدعاوى (١) .

فالقاضى لا يعرض لتفسير القانون إلا بمناسبة ما يعرض عليه من دعاوى سواء طلب منه الخصوم ذلك ، أم قام بتفسيره من تلقاء نفسه لأن عليه واجب معرفة حكم القانون فيما يعرض عليه من دعاوى ، ويتميز التفسير القضائى بأن له طابع عملى ، ومن ثم فهو يستجيب للضرورات العملية حتى ولو لم يتسق تمام الاتساق مع ما يقضى به المنطق ، " فالتفسير القضائى لا يقع لذاته وإنما يقع تمهيدا لتطبيق نص قانونى على دعوى مرفوعة فعلا ... ولو أن الأفراد التجأوا إلى القاضى يسألونه أن يفسر لهم حكم القانون ليتولوا تطبيقه على ما عسى أن يكون ما بينهم من علاقات ... فإن هذا المطلب يكون غير مقبول أصلا (٢) . والأصل أن التفسير القضائى غير ملزم سواء بالنسبة للمحكمة التى أصدرته ، أم بالنسبة للمحاكم الأخرى ، فلا يلتزم القاضى بالسوابق القضائية ، ومعنى ذلك أن المحكمة نفسها يصح لها عدم التقيد بالتفسير السابق فى دعوى مماثلة ترفع إليها فيما بعد ، كما أن - المحاكم الأخرى الأدنى درجة لا تتقيد بهذا الحكم حتى ولو كان التفسير صدر عن محكمة النقض ، ولا يستثنى من ذلك إلا حالة واحدة نصت عليها المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات الحالى ، حيث تقضى هذه المادة بأنه إذا قررت محكمة

---

(١) توفيق فرج- السابق ص٣٨٩ ، أحمد سلامة - السابق ص١٧٨.

(٢) أحمد سلامة - السابق ص١٧٩ ، عبدالودود يحي- السابق ص١٧١ .

النقض نقض الحكم المطعون فيه لتحكم فيه من جديد بناء على طلب الخصوم ، فى هذه الحالة يتحتم على المحكمة التى أحيلت إليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها المحكمة ، ويجب ألا يكون من بين أعضاء المحكمة التى أحيلت إليها القضية أحد القضاة الذين اشتركوا فى إصدار الحكم المطعون فيه .

وإذا كان الأصل أن التفسير القضائى غير ملزم [1] على ما سبق بيانه إلا أن المشرع المصرى خرج على هذا الأصل فيما نص عليه فى المادة ١٧٥ من دستور مصر الصادر سنة ١٩٧١ من إنشاء المحكمة الدستورية العليا وجعل من اختصاصها تفسير النصوص التشريعية التى تستدعى ذلك التفسير بسبب طبيعتها أو أهميتها وتفسير هذه المحكمة تفسير ملزم لغيرها من المحاكم .

---

[1] أنظر : عبدالودود يحي– السابق ص١٧٢ ، توفيق فرج – السابق ص٣٩١ ، البدراوى – السابق ص١٤١ ، نعمان جمعة – السابق ص٢٦٠ ، محمد على عمران – السابق ص١٦١ .

المبحث الثاني

مدارس التفسير المختلفة

١٧٠- تمهيد :

توجد ثلاث مدارس رئيسية فى تفسير القانون ، وهذه المدارس هى :

أ- مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص .

ب- المدرسة التاريخية أو الاجتماعية .

جـ- المدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمى الحر .

ونعرض بإيجاز لكل من هذه المدارس ، ثم نبين بعد ذلك اتجاه القانون المصرى فى هذا الصدد .

١٧١- أولا : مدرسة الشرح على المتون :

ظهرت هذه المدرسة فى أعقاب وضع التقنينات الفرنسية التى ظهرت فى مستهل القرن التاسع عشر ، وأحدثت جوا من الانبهار والرهبة فى نفوس فقهاء فرنسا طوال هذا القرن جعلتهم يعتقدون أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون[١] . ومن ثم يجب رد القانون إلى إرادة الدولة ومشيئة المشرع ، ومن هنا بدأت تتكون مدرسة من كبار الشراح تقتصر مهمتها على تفسير نصوص التشريع ، فتفسير القانون يتلخص فى تفسير إرادة المشرع ، وتفسير التشريع عند هذه المدرسة – ينحصر فى الوقوف على إرادة المشرع عند وضع النص

[١] أنظر :د/ سمير تناغو – السابق ص٧٤٩ ، د/ سليمان مرقص– الوافى فى شرح القانون المدنى جـ١ ص٣٣٩ ط ١٩٨٧ ، د/ جميل الشرقاوى – دروس فى أصول القانون ص١٨٤–١٨٥ ط١٩٨٤ ، د/ شوقى عبدالرحمن – المدخل للعلوم القانونية ص١٩٤ ط١٩٨٥ ، د/ عبدالودود يحي– السابق ص١٧٣ ، د/ حسن كيرة – المدخل إلى القانون ص٤٠٣ الطبعة الخامسة .

لا عند تطبيقه ، حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية والاقتصادية تغيرا كبيرا بين وقت وضع النص ووقت تطبيقه[١] .

وبالتالى فعلى المفسر أن يبحث فقط عن الإرادة الحقيقية لواضع النص يستخلصها من الدلالة اللغوية أو الاصطلاحية لألفاظ النصوص ومن إعمال طرق الاستدلال المنطقى ، ولا يجوز للمفسر – فقيها كان أو قاضيا – أن يؤول النص التشريعى متى كان واضحا وفقا لقاعدة " لا اجتهاد مع النص" .

وإذا لم يستطع المفسر الكشف عن الإرادة الحقيقية للمشرع ، كان عليه أن يبحث عن الإرادة المفترضة ، أى تلك الإرادة التى كان المشرع يفصح عنها لو عرضت عليه المسألة محل البحث عند وضع النص ، ويستدل عليها من إرادته الصريحة فى النصوص الأخرى المشابهة أو المجاورة[٢] ، وإذا لم يستطع المفسر الكشف عن الإرادة الصريحة أو المفترضة للمشرع كان معنى ذلك أنه لم يحسن التفسير وليس معناه وجود عيب أو قصور فى النص التشريعى ، وتمتاز هذه النظرية بأنها تحقق الثبات والاستقرار للنص القانونى ، وتمنع التحكم ، من جانب القضاء، إذ لو أجيز للمفسر أن يبحث عن نية أخرى لاختلف المفسرون ، ولأدى ذلك إلى عدم الاستقرار اللازم لقواعد القانون .

ويؤخذ على فكرة هذه المدرسة فى التفسير أن الأخذ بها يؤدى إلى جمود القانون ، وعدم ملاحقة التطور، ومغالاتها فى تقديس التشريع ، إذ أن المشرع بشر لا يمكن أن يرقى عمله إلى درجة الإحاطة والكمال ، فهل يمكنه الإحاطة بكل الوقائع ويضع لها حلا بما فيها تلك التى تستجد بعد وضع النص [٣] ؟.

---

[١] أنظر د/ أحمد سلامة– السابق ص١٨٠ ، د/ حسن كيرة – السابق – الموضع السابق ، د/ عبدالمنعم الصدة– مبادئ القانون ص١٦٠ وما بعدها ط١٩٨٢ ، د/ نعمان جمعة – السابق ص٢٦٢

[٢] أنظر : د/ نعمان جمعة – السابق – الموضع السابق ، د/ أحمد سلامة – الموضع السابق .

[٣] راجع : د/ عبدالودود يحي– الموضع السابق ، د/ سمير تناغو– السابق ص٧٥٢ ، د/ حسن كيرة– السابق ص٤٠٤ وما بعدها ، د/ أحمد سلامة – السابق ص١٨١ .

١٧٢- ثانيا : المدرسة التاريخية أو الاجتماعية :

L'ecal historique

ظهرت هذه المدرسة فى ألمانيا على يد سافينى وبوشتا وأيدها بعض الفقهاء الفرنسيين ، وهى ترى أن القانون ليس وليد إرادة المشرع ، وإنما هو وليد حاجات المجتمع وتطوره ؛ وانعكاسا للظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والجغرافية السائدة فى مجتمع معين ، وينبنى على ذلك أن المشرع لا يصنع القانون ، بل يعبر عن القواعد التى تنبثق عن اتجاه المجتمع ، أو بعبارة أخرى ، المصدر الوحيد للقانون هو ضمير الشعب أو روح الأمة ، اما التشريع فهو لا يعد وأن يكون تعبيرا عن هذه الروح وليس عملا إراديا منشئا صادرا عن المشرع[١] ، ومتى كان الأمر كذلك فيجب أن تفسر النصوص وفقا لما يسمى بالإرادة المحتملة للمشرع ؛ أى تلك التى كان سيعبر عنها لو طلب منه أن يضع قاعدة قانونية وقت حدوث التفسير ، فهو كان سيأخذ فى اعتباره - لاشك - كل الظروف التى استجدت ، فكذلك ينبغى أن يراعيها من يفسر القاعدة ولا أهمية بعد ذلك للإرادة الحقيقية أو المفترضة للمشرع وقت وضع النص كما يقول أنصار مدرسة الشرح على المتون السابقة .

ولاشك أن هذه النظرية تكسب القانون مرونة تجعله صالحا لمواجهة الظروف الاجتماعية والاقتصادية المستجدة والمتطورة ، وهى المنفذ الأساسى للمحاكم فى كثير من الأحيان ، عندما تنشئ قواعد قانونية جديدة تحت ستار تفسير القانون استجابة للظروف المتغيرة فى المجتمع[٢] .

إلا أنه يؤخذ على هذه المدرسة أنها تفتح المجال لتحكم القضاء ،

---

[١] راجع : د/ سمير تناغو - السابق ص٧٥٣، د/ عبدالودود يحي- السابق ص١٧٤، د/ احمد سلامة - السابق ص١٨٢ .

[٢] أنظر : د/ عبدالودود يحي- السابق - الموضع السابق ، د/ أحمد شوقى - السابق ص١٩٥، د/ توفيق فرج- السابق ص٣٩٦ ، د/ نعمان جمعة - السابق - الموضع السابق .

فيستطيع القاضى – أو المفسر بوجه عام – أن يعدل فى القانون تحت ستار تفسيره بحجة أن هذا ما كان سيقول به المشرع لو أنه وضع النص فى الظروف التى يتم فيها التفسير ، وبذلك لا يكون للتشريع أى قيمة فى ذاته وتنحصر قيمته فيما يريده المفسر ، مما يؤدى إلى عدم الاستقرار والثبات للقواعد القانونية وإهدار معانيها .

١٧٣- ثالثا : مدرسة البحث العلمى الحر :

La blare recherehe sciemtifique

تتوسط مدرسة البحث العلمى الحر ، أو المدرسة العلمية مدرسة الشرح على المتون والمدرسة التاريخية ، ويرجع الفضل فى ظهور هذه المدرسة إلى الفقيه الفرنسى ذائع الصيت فرانسوا جينى (F. Geny) الذى نبه إلى عدم أخذ القانون كشكل فقط ، وإنما كجوهر ويتألف من حقائق أربع : طبيعية وتاريخية وعقلية ومثالية ، وعلى هذا الأساس قامت طريقته فى التفسير ، فالقانون لا يفسر من خلال التشريع فقط كما تفعل مدرسة التزام النص ، وإنما يمكن التماس تفسير القانون فى بقية المصادر الرسمية الأخرى كالعرف مثلا أو مبادئ العدالة والقانون الطبيعى[١] .

وفى تفسير التشريع يجب الوقوف عند إرادة المشرع وقصده من النصوص وقت وضعها ، لا وقت تطبيقها ، ومن ثم فلا مجال هنا لفكرة الإرادة المفترضة التى نادت بها مدرسة التزام النص ، ولا مجال لفكرة الإرادة الاجتماعية التى نادت بها المدرسة التاريخية ، ويجب أن يتجه المفسر إلى استظهار إرادة واضع النص عند وضعه بكل وسائل التفسير عن طريق البحث فى لفظ النص أو فى فحواه أو فى روحه [٢] .

---

[١] أنظر : د/ توفيق فرج– السابق ص٣٩٧ ، د/ حسن كيرة – السابق ص٤١٠ ، د/ جميل الشرقاوى – السابق ص١٨٧ ، د/ نعمان جمعة – السابق ص٢٦٢ ، د/ سمير تناغو – السابق ص٧٥٥ .

[٢] أنظر : د/ أحمد سلامة – السابق ص٢٨٢، د/ أحمد شوقى – السابق ص١٩٦ .

فإذا لم يصل المفسر إلى حكم فى المسألة المعروضة عن طريق هذه السبل ، وجب عليه أن يعترف بأن التشريع يخلو من هذا الحكم وأن يبحث فى المصادر الرسمية الأخرى عن حل لحكم المسألة المعروضة ؛ فإذا لم يجد فى هذه المصادر حلا وجب عليه البحث عن حل فى كافة العوامل التى تسهم فى تكوين مادة القانون وجوهره ، أى إلى المعطيات التاريخية والطبيعية والعقلية والمثالية وهو ما يسمى بالبحث العلمى الحر الذى يتم فى حد ذاته وفق الروح العامة للتشريع ، وهو ما يعطى للقاضى الحرية فى آداء واجبه حتى يحكم بالعدل بين الناس فى واقعة يظن أن القانون قد خلا من حكم لها وهذه هى الميزة الرئيسية لهذه المدرسة[١] .

١٧٤- اتجاه القانون المصرى :

لا يأخذ المشرع المصرى بما تذهب إليه مدرسة الشرح على المتون فهو لم يجعل التشريع المصدر الرسمى الوحيد للقانون ؛ وإن كان يبدو تأثره بفقه المدرستين الأخريين ، حيث تنص المادة الأولى من القانون المدنى فقرة أولى على أنه " تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها فى لفظها أو فى فحواها " .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية بصدد هذه الفقرة أنه " ليس للتشريع فى حكم هذه الفقرة ذلك السلطان الجامع المانع الذى آمن به فقهاء الشرح على المتون ... وإنما هو أهم مصادر القانون دون تنازع "[١] .

لذلك ينبغى على القاضى أن يلتمس الحكم الذى يطبق على النزاع فى نصوص التشريع أولا ، ومتى وجدالحكم فيه واستخلصه منه تعين أن يمضيه

---

[١] أنظر : حسن كيرة – الموضع السابق ، د/ سمير تناغو – الموضع السابق ، د/ أحمد شوقى – السابق ص١٧٥ ، د/ جميل الشرقاوى – السابق ص١٨٧ ، نعمان جمعة – السابق ص٢٧٢ .

[١] أنظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ١ ص١٨٧ .

وامتنع الأخذ بأسباب الاجتهاد .

فالمادة الأولى أحالت إلى مصادر أخرى غير التشريع ، ومن ثم فلا حاجة للبحث عن إرادة مفترضة للمشرع والتى تقول بها مدرسة التزام النص وهى مدرسة عفا عليها الزمن[١] وإنما يجب - عند وجود النص- تطبيقه على كل حالة ينطبق فيها من حيث لفظه أو فحواه ، وتطبيق روح النص وفحواه يكون إما بالرجوع إلى مصادره التاريخية أو أعماله التحضيرية ، وإما باستنباط لوازمه ، أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالته بطرق التفسير المختلفة[٢] ، والإشارة إلى روح النص أو فحواه أفضل فى هذا الصدد من البحث عن نية المشرع التى أشارت إليها المادة ٣ من التقنين المدنى الإيطالى الصادر عام ١٩٣٨ لأن هذه النية أمر مستتر يفترض وجوده فى الغالب ، وقد لا يطابق الحقيقة فى كثير من الأحيان ، وقد لا يتاح الوقوف على حقيقته فى أحيان أخرى ، فالواقع أن النص متى خرج من يد واضعيه اتصل بالحياة وتفاعل معها، وأصبح للظروف الاجتماعية فى تحديد نطاقه شأن يجاوز فى خطره تلك النية التى تقدم ذكرها[٣] .

وتأسيسا على ما تقدم يمكن القول أن تفسير النص فى مصر ينبغى أن يتم فى حدود ألفاظ النص أو فحواه على أن يراعى أثر الظروف الاجتماعية فى تحديد نطاق النص ومراميه ، وهذا ما ينبئ عن تأثر المشرع المصرى بالمدرسة العلمية التى تقرر الرجوع إلى قصد المشرع والمذهب الاجتماعى الذى يعتد بالظروف الاجتماعية فى كثير من الأحيان .

---

(١) أنظر : د/ عبد الودود يحي - السابق ص١٨٦ ، د/ نعمان جمعة - السابق ص٢٦٣ ، د/ احمد سلامة - الموضع السابق .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية- جـ١ ص١٨٧ ، وانظر : توفيق فرج - السابق ص٣٩٨

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية- الموضع السابق

هذا فى حالة وجود النص ، فإذا لم يوجد : تعين على القاضى الرجوع إلى المصادر الرسمية الأخرى وهو ما يوضح اتجاه المشرع المصرى إلى الميل جهة المدرسة العلمية ، ومعروف أن المصادر الرسمية الأخرى هى : العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة وبذلك يستطيع القاضى تلمس الحلول بالرجوع إلى جوهر القانون ومصادره الحقيقية[١] .

[١] أنظر : د/ أحمد سلامة – الموضع السابق ، د/ توفيق فرج – السابق ص٣٩٩ ، د/ عبد الودود يحي– الموضع السابق ، د/ حسن كيرة ص٤١٤ ، د/ نعمان جمعة – السابق ص٢٦٣، د/ أحمد شوقى ص١٩٧ .

المبحث الثالث

طرق التفسير وقواعده

١٧٥- خطة البحث (حالات التفسير) :

تقضى أحكام التقنين المدنى المصرى بأن الوقائع تعرض على القاضى ليقضى فيها ، ويتعين عليه أن يلتمس حلها فى التشريع قبل أى مصدر آخر ، فإما أن يجد للحالة المعروضة عليه نصا يحكمها ، وإما لا يجد لها نصا ، والنص إن وجد فإما أن يكون واضحا وخاليا من كل عيب ، وإما أن يكون مشوبا بعيب مادى أو يكتنفه غموض، أو يكون متعارضا مع نصوص أخرى . وقد لايجد القاضى نصا تشريعيا يحكم النزاع المعروض، فيضطر حينئذ إلى البحث عن الحل فى مصادر أخرى غير التشريع[١] .

فهناك إذا ثلاثة فروض مكن أن تواجه القاضى هى : حالة وجود نص سليم ، وحالة وجود نص معيب ، وحالة انعدام النص .

وقد يبدو أن التفسير يكون له محل فى حالة النص المعيب ، بل وفى حالة وجود النص السليم ، أما فى حالة عدم وجود النص أصلا فالمتبادر إلى الذهن ألا يكون هناك مجال للتفسير بالمعنى الدقيق ؛ بيد أن الصحيح أن هذه الحالة تدخل ضمن حالات التفسير ؛ لأن القاضى حتى فى هذه الحالة لابد أن

---

[١] راجع فى هذا : د/ سليمان مرقص - المدخل للعلوم القانونية جـ١ ص٣٣٨ ط١٩٨٧ ، د/ عبدالودود يحي - دروس فى مبادئ القانون ص١٧٧ ط١٩٧٦ ، د/ حسن كيرة ص٤٠٤ وما بعدها - الطبعة الخامسة ، د/ سمير تناغو - النظرية العامة للقانون ص٧٦٠ وما بعدها ، د/ توفيق فرج - المدخل للعلوم القانونية ص٤٠٠ ط١٩٨١، د/ احمد سلامة ص١٨٨ ، د/ نعمان جمعة - دروس فى المدخل للعلوم القانونية ص٢٦٣ وما بعدها ط١٩٧٧ ، د/ جميل الشرقاوى - المدخل ص١٨٩ ط١٩٨٤ ، د/ أحمد شوقى - المدخل للعلوم القانونية ص١٩٧ ط١٩٨٥، د/ عبدالمنعم الصدة- مبادئ القانون ص١٦٠ ط١٩٨٢م .

يرجع إلى النصوص الموجـودة ويفسرها ليتـأكد أن الحالـة المعروضـة عليـه لا تدخل تحت أى منهـا ، أى مسكوت عنهـا ، ومـن ثـم يلتمـس حلهـا بأساليب أخرى.

كمـا أن القـاضى يستطيع أن يلتمـس الحـل عـن طريـق القيـاس وإعمـال قواعده التى سنعرض لها بعدئذ .

وسنعرض بإيجاز فيما يلى للفروض الثلاثة وهـى :

١- حالة النص السليم .

٢- حالة النص المعيب .

٣- حالة عدم وجود النص .

المطلب الأول
حالـــة النـــص السليـــم

١٧٦- طرق تفسير النص السليم :

النص يكون سليما إذا كانت عبارته واضحة الدلالة على المعنـى المـراد، والنص إذا كان هكذا وجب على القاضى أن يستنبط معناه من عباراته وألفاظه وأن يطبق حكمه على الحالة المعروضة عليه ، ولا يجوز له أن يعدل عن حكم النص إلى حكم آخر يرى أنه أكثر عدالة ، أو أصلح ؛ أو أكثر تمشـيا مـع روح التشريع وحكمته[١] إذ أن حكم النـص واجـب الاتبـاع وليـس علـى القـاضى إلا تفسير النص واستنباط ذلك الحكم منه وتطبيقـه ، أمـا استبدال حكـم بـآخر فهـذا عمل المشرع [٢] .

وقد نصت المادة ١٤ من مجلة الأحكام العدلية على ذلك حين قـالت " لا مساغ للاجتهاد فى حدود النص " [٣] .

واستخلاص المعنـى مـن النـص يكـون - أولا- عـن طريـق ألفاظـه وعباراتـه، إلا أن النـص لا يقتصـر معنـاه علـى مـا يفهـم مباشـرة مـن صيغتـه وعباراته ، بـل قـد يفهـم مـن النـص معنـى آخـر بطريـق الإشـارة ، أو بطريـق الدلالة، أى من روحه وفحواه[٤] وفى الحالة الأخيرة قد يستخلص المعنـى عـن

---

[١] نقض مدنى ٣٠ مارس ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣-٦٠١-٩٣ ، نقض مدنى ٩ يناير ١٩٨٤ مجموعة أحكام النقض ٢٥- ١١٤- ٢١ نقض مدنى فـى ١٢ مـايو ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض ٢٧-١٠٨٧- ٢٠٧ نقض مدنى فـى ١٦ ابريـل ١٩٧٧ مجموعـة أحكام النقض ٢٨-١٩٣٦- ١٦٠ .

[٢] أنظر : د/ عبدالودود- السابق ص١٧٨ ، د/ سليمان مرقص- السابق ص٣٤٠ .

[٣] أنظر فى هذا المعنى تفصيلا : محمد سعيد فى شرح الأدلة الأصلية علـى مجلـة الأحكـام العدلية جـ١ ص٢٦ .

[٤] أنظر : المادة الأولى من القانون المدنى المصرى .

طريق إشـــارة النص أو عن طريـق دلالتـه وهـو مـا سنتعرض لـه فـي البنـود الآتية :

١٧٧- أولا : المعنى المستفاد من عبارة النص :

عبارة النص هى صيغته المكونة من مفرداته وجمله ، والمعنــى المسـتفاد من هذه الألفاظ والجمل : هو المعنى الذى يتبادر إلى الذهن بمجرد قراءة النص ومعـانى ألفاظـه ، ويطلـق عليـه المعنـى الحرفـى للنــص أو منطــوق النــص ، ويلاحظ أنه إذا كان لبعض ألفاظ النص معنى لغوى وآخر اصطلاحى فـالأصل فيـه أن يحمـل علـى المعنـى الاصطلاحـى ، إلا إذا كـان سياق النـص يفيـد أن المشرع استعمل لفظا معينا فى معناه اللغوى لا فى معناه الاصطلاحى (١) .

ويلاحظ أنه لا يجب التقيد بالألفاظ لفظا لفظا ، وإنما العبرة بالمعنى الـذى يستفاد من مجمـوع عباراتـه علـى هـدى قصـد المشـرع منـه ، لأن العـبرة هنـا بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى كما يقول علماء أصول الفقه بحق .

غير أن النص قد يكون واضح الدلالة ، إلا أن مراتب الوضوح فى دلالة عبارة النص تتفاوت على أساس **احتمال التأويل أو عدم احتمالـه** فالتـأويل هـو صرف اللفظ عن ظاهره بدليل .

(١) د/ سليمان مرقص- السابق ص٣٤٣ وقد ضرب سيادته مثالا لذلك هو المـادة ٧٥٢ مـن قانون المرافعات السابق تنص على أن " ما يبقـى مـن ثمـن العقـار المرهـون بعد توفيـه الديون الممتازة بحسب مراتبها فى التوزيع على الوجه المبين فى التفصيل الآتـى : يـرى قـاضى التوزيـع تقسيمه بين الدائنين غير الممتـازين " فـإن عبـارات الامتيـاز والديـون الممتازة والدائنين غير الممتازين لها معنى اصطلاحى يفيد الديون المضمونة بنوع معين من الحقوق العينية التبعية هو حق الامتياز دون غيره فلا يشمل الديون المضمونة برهـن رسمى أو حيازى أو حق اختصـاص ، ولكـن سياق النـص يجعـل هـذا المعنـى مسـتبعدا ويحمل على الأخذ بالمعنى اللغوى لهذه العبارات وهو الذى يقصد به الديـون التـى تتقدم على غيرها فى التوزيع بحسب ترتيب معين فيشمل جميع الديـون المضمونـة بامتيـاز أو برهن رسمى أو برهن حيازى أو بحق اختصاص (المرجع المشار إليه - هـامش ٣٤٣ - الموضع السابق) ونضيف هنا أيضا لفظ (الزانى) ويطلق على كل علاقة جنسية غـير مشـروعة سـواء كـان طرفاهـا أو أحدهمـا متزوجـا أو غـير مـتزوج ولكـن المعنـى الاصطلاحى لهذا اللفظ قانونا يقتصر علـى مـن يرتكب الزنـا حالـة أن يكـون متزوجـا ، ومن ثم فإذا أطلق هذا اللفظ فى نص قانونى فهم بالمعنى الاصطلاحى الثـانى لا بـالمعنى اللغوى (الأول) .

والنص الذى لا يحتمل التأويل : هو ما دل بذاته على معناه المفصل تفصيلا لا يبقى معه احتمال للتأويل " فالصيغة تكون دالة بنفسها دلالة واضحة على معنى مفصل ، ومنها ما ينفى احتمال إرادة غير معناها" [1] مثل قوله تعالى **﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾** [2] فالعدد هنا معين لا يحتمل زيادة ولا نقصا[3] وما ينص عليه القانون من أن " سن الرشد إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ". [4] .

والنص الذى يحتمل التأويل : هو ما دل بذاته على معنى معين وليس فيه ما ينفى احتمال التأويل ، وحكمه أنه يجب العمل بظاهر النص إلى أن يقوم الدليل على ما يقتضى العمل بغير الظاهر ، إذ الأصل عدم صرف اللفظ عن ظاهره إلا إذا قام دليل على صرفه عن ظاهره إلى معنى آخر ، فإذا كان الظاهر عاما : يحتمل أن يخصص ، وإذا كان الظاهر مطلقا يحتمل أن يقيد .

فإذا جاء النص عاما : كان ذلك دليلا على ثبوت الحكم المنصوص عليه لكل ما يصدق عليه من حالات تندرج تحته إلا إذا قام دليل على تخصيص إحدى هذه الحالات بحكم معين ، من ذلك النص العام الذى يقضى بجواز التصرف فى الأشياء المستقبلة ، هذه قاعدة عامة ، إلا أن القانون عاد بعد ذلك وخصص هذا الحكم بنصوص لاحقة حيث يقرر أن التعامل فى التركات المستقبلة باطل إلا فى الأحوال التى نص عليها القانون [5] ، كما نص على عدم جواز هبة الأموال المستقبلة ، ورهن المال المستقبل .

وإذا جاء النص مطلقا : وجب العمل به على إطلاقه ما لم يقم دليل على تقييده .

---

[1] د/ توفيق فرج – السابق ص٤٠٢ ، وانظر : د/ أحمد شوقى – السابق ص١٩٨ .
[2] سورة النور – الآية (٤) .
[3] أنظر : الشيخ / عبدالوهاب خلاف – علم أصول الفقه ص١٦١ – الطبعة التاسعة .
[4] مادة : ٢/٤٤ مدنى .
[5] م ١٢١ مدنى مصرى .

والمطلق : هو ما دل على فرد غير مقيد لفظا بأى قيد ، مثـل : رجـل – امرأة – مسكن ، دابـة ... الخ .

والمقيـد : هو ما دل على فرد مقيد لفظا بأى قيد : رجل رشيد – امـرأة مسلمة – مسكن بالزمالك ... الخ .

ومن ذلك لفظ الوصية الوارد فى قوله تعالى ﴿**من بعد وصية يوصى بهـا أو دين** ﴾ (١) فلفظ الوصية جاء مطلقا إلا أن الوصية قيـدت بعـد ذلـك بمقتضـى السنة النبوية وهى أنها لا تجوز إلا فى حدود ثلث التركة(٢) .

١٧٨– ثانيا : المعنى المستفاد من روح النص أو فحواه :

المقصود بالمعنى الذى يستفاد من روح النص أو فحواه : هو ذلك المعنى الذى لا يظهر من عبارات النص أو ألفاظه وإنمـا يستخلص منـه باعتبـاره مـن لوازمه فهو بذلك يشـمل مـا يتناولـه النـص عن طريـق إشـارته أو عـن طريـق مفهومه (٣) .

أ– إشارة النص :

يقصد بإشارة النص : المعنى الذى لا يتبادر فهمه من ألفاظه ولكنه يكون لازما ؛ فالمعنى متبادر من هذه الألفاظ(٤) ؛ فهو مدلول اللفـظ بطريـق الـلزوم ، مثال ذلك ما تنص عليه المادة ١/١٠٣٣ من التقنين المدنى المصرى على أنه " إذا كان الراهن غير مالك العقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحـا إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية " .

---

(١) سورة النساء – الآية (١١) .

(٢) د/ أحمد شوقى – السابق ص١٩٨ ، د/ سليمان مرقص– السابق ص٣٤٨، د/ عبدالمنعم الصدة– السابق ص١٦٣، د/ احمد سلامة – السابق ص١٨٩ .

(٣) د/ عبد الودود يحي– السابق ص ١٧٩ ، د/ عبد الباقى – السابق ص٢٠٩ .

(٤) د/ جميل الشرقاوى – السابق ص١٩١، د/ حسن كيرة ص٣٣٦ .

فعبارة النص تدل على أن إقرار المالك الحقيقى لرهن العقار يصح رهن الغير له ، وإشارة النص تدل على أن عقد رهن ملك الغير لا يكون باطلا بطلانا مطلقا لأن الإقرار لا يرد على عقد باطل .

ب- دلالة النص أو مفهومه :

المعنى الذى يستفاد من دلالة النص أو مفهومه هو المعنى الذى يفهم من روح النص ومعقوله[1] ؛ فدلالة المفهوم تأتى بحكم جديد يضاف إلى الحكم المنصوص عليه صراحة ، وهذا الحكم الجديد يمكن استنتاجه عن طريق مفهوم الموافقة أو عن طريق مفهوم المخالفة .

١- مفهوم الموافقة :

يقصد بمفهوم الموافقة : ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه الموافق له فى العلة سواء كان مساويا له فى العلة أو أولى منه[٢] .

ويسمى هذا الطريق من طرق الاستدلال : القياس الجلى سواء أكان ذلك فى حالة المساواة أم فى حالة الأولوية ، فإذا كان النص تدل عبارته على حكم واقعة معينة لعلة بنى عليها الحكم ، ووجدت واقعة أخرى تساوى هذه الواقعة فى علة الحكم ، أو هى أكثر جلاء منها لكون العلة أكثر توافرا فيها ، فإن الحكم الثابت للواقعة المنصوص عليها يثبت كذلك للواقعة الغير منصوص عليها .

ومن أمثلة القياس العادى : الحكم الخاص بحرمان الوارث من الإرث إذا قتل الوارث مورثه لقوله صلى الله عليه وسلم " لا يرث القاتل "، وعلة الحكم هنا أن المورث استعجل موت مورثه لكى يرثه فعومل بنقيض مقصوده وهو حرمانه من الإرث ، فإذا لم يوجد مثل هذا النص فى الوصية ، طبق نفس

---

[١] د/ سمير تناغو- السابق ص٧٦٣، د/ حسن كيرة - السابق ص٣٣٦ .

[٢] د/ عبدالمنعم الصدة- السابق ص١٦٨ ، د/ توفيق فرج - السابق ص٤١١ .

الحكم على الموصى له الذى يقتل الوصى (أى حرمانه من الوصية) لاتحاد العلة التى تتمثل فى تعجل الموصى له موت المّوصى ، ومن ثم يكون قتل الموصى له للموصى مانعا من الإرث قياسا على قتل الوارث لمورثه[1] .

ومن أمثلة القياس الجلى : ما تنص عليه المادة ٢٣٧ عقوبات والتى تنص على أن " من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى ومن يزنى بها يعاقب بالحبس (عقوبة الجنحة) بدلا من العقوبات المقررة فى المادتين ٢٣٤ ، ٢٣٦ عقوبات .

فالزوج لو ضرب زوجته فى هذه الحالة ضربا أحدث بها عاهة مستديمة تعتبر جريمته جنحة لا جناية لأن هذا أولى- بالتخفيف- من القتل .

٢- مفهوم المخالفة :

يقصد بمفهوم المخالفة : ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه لانتفاء قيد من القيود المعتبرة فى الحكم ، فإذا كان النص تدل عبارته على حكم فى واقعة مقيدة بقيد ، ووجدت واقعة أخرى تماثلها ولكن لا يوجد فيها هذا القيد، فإن الحكم الثابت للواقعة المنصوص عليها يثبت عكسه للواقعة الأخرى[2] .

ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة الرابعة من التقنين المدنى من أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر ، فمفهوم مخالفة هذا النص أن من استعمل حقه استعمالا غير مشروع يكون مسئولا عما يترتب عليه من ضرر .

---

[1] أنظر : د/ أحمد شوقى - الموضع السابق ، د/ عبدالمنعم الصدة- السابق ص١٦٩ .

[2] أنظر : د/ حسن كيرة- السابق ص٧٦٣، د/ نعمان جمعة - السابق ص٢٦٩ ، د/ سليمان مرقص- السابق ص٣٤٧ ، د/ احمد سلامة - السابق ص١٩٧ ، د/ عبدالمنعم الصدة- السابق ص١٧١، د/ جميل الشرقاوى - السابق ص١٩٢ ، د/ سمير تناغو - السابق ص٤٠٧ .

وما تنص عليه المادة ١/٩٣ مدنى والتى تقول " إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد " .

ومفهوم المخالفة يفيد أنه إذا لم يعين ميعاد للقبول لا يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه وإنما يجوز له العدول عنه فى أى وقت يراه .

ويلاحظ أخيرا أن الاستدلال بمفهوم المخالفة أمر خطير وينبغى توخى الحذر عند استعماله ، فكثيرا ما يأتى الحكم " المستدل عليه من هذا الطريق غير متفق مع قصد المشرع لأن حكم المنطوق قد يكون واردا على سبيل التمثيل أو لحكمة خاصة لا يتوافر عكسها فى المفهوم المخالف " [١] . كما يلاحظ أن " دلالة إشارة النص ودلالة النص (مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة) يدخلان فى مجال التفسير الواسع ، ومن ثم لا يجوز الأخذ بأى منهما فى مجال التفسير الضيق ، حيث يتعلق الأمر باستثناء وارد على قاعدة معينة [٢] والاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه .

---

[١] د/ احمد سلامة- الموضع السابق ، راجع : د/ سليمان مرقص - السابق ص٣٤٨ ، د/ جميل الشرقاوى - السابق ص١٩٣.

[٢] د/ أحمد شوقى - السابق ص٢٠٠ ، د/ توفيق فرج - السابق ص٤٠٧ .

المطلب الثـاني
حالـة النـص المعيــب

١٧٩- صور العيوب التي تلحق النص:

العيب الذى يلحق النص واحد أو أكثر من عيوب أربعة :

١- الخطأ المادى أو القانونى ٢- الغمــوض

٣- النقـــص ٤- التعـارض

أولا : الخطأ المادى والخطأ القانونى :

يكون النص مشوبا بخطأ مادى إذا وقع خطأ (من المشرع) غير مقصود فى ألفاظه ، كأن يذكر فيه لفظ مكان لفظ آخر أو أن يغفل المشرع عن وضع لفظ كان يجب أن يوجد[1] بحيث لا يستقيم معنى النص إلا إذا حذفنا اللفظ الزائد فى الحالة الأولى أو أضفنا الكلمة التى سقطت سهوا فى الحالة الثانية .

ومثال الصورة الأولى : ما تنص عليه المادة ١٠٨٨ مـن التقنين المدنـى بقولها " لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكـة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلنـى " ووجـه الخطـأ فـى هـذا النص أنه ذكر كلمة " قيـد" إذ- المفروض أن الاختصـاص يؤخـذ أولا ثـم يقيـد ثانيا ، فلا يعقل أن يشترط فى أخذ الحق شرط يجب توافره بعد أخذ الحـق ، ومن ثم كان اشتراط ملكية المدين وقت قيـد حـق الاختصـاص خطـأ معنويـا أو قانونيا والمقصود به اشتراط الملكية وقت أخذ الاختصاص .

---

[1] د/ احمـد سـلامة - السـابق ص١٩٠ ، د/ سـليمان مرقـص - السـابق ص٣٥٢ ، د/ عبدالودود يحي - السابق ص١٨٦ ، د/ نعمان جمعة - السابق ص٢٦٧ .

ومثال الصورة الثانية : ما تنص عليه المادة ٦٧٦ مدنى من أنه " تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال والطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء ... " فالمشرع فى هذا النص لم يقصد وصف الممثلين التجاريين بالجوابين ، وإنما قصد سريان أحكام عقد العمل على كل من الممثلين التجاريين ، وعلى الجوابين فسقط سهوا حرف "الواو" بين كلمتى التجاريين والجوابين . ومن هنا كان الخطأ المادى .

والنص إذا كان به خطأ على النحو السابق كان للمشرع أن يتدخل لتصحيحه ، فإذا لم يتدخل غدت المسألة مسألة تفسير نص على النحو الذى سنورده فى البند التالى .

ثانيا : الغموض :

النص الغامض : هو النص غير واضح الدلالة ، فهو لايدل على ذات المراد منه بذات صيغته ، بل يتوقف هذا المراد على أمر خارجى[1] .

ويرجع غموض النص لأسباب متعددة أهمها :

أ- خفاء اللفظ : يكون اللفظ خفيا إذا كان يدل على معناه دلالة ظاهرة ولكن فى انطباقه على بعض الأفراد نوع غموض وخفاء تحتاج إزالته إلى نظر وتأمل فيعتبر اللفظ خفيا بالنسبة لهذا البعض .

ومثال ذلك خفاء لفظ " المنقول" عند تطبيقه على التيار الكهربائى لمعرفة ما إذا كان من يختلس هذا التيار يعتبر سارقا أم لا ؟ فقد عرفت المادة ٣١١ عقوبات مصرى السارق بأنه " كل من اختلس منقولا مملوكا للغير" الأمر الذى يثير التساؤل : هل التيار الكهربائى يعتبر منقولا أم لا ؟ وقد انتهت محكمة النقض المصرية إلى اعتبار التيار الكهربائى منقولا حيث يمكن حيازته ، ونقله من مكان إلى آخر ، كما أن له قيمة مالية[2] .

---

[1] د/ عبدالمنعم الصدة- السابق ص١٦٤، وانظر : توفيق فرج - السابق ص٤٢٦.

[2] نقض جنائى فى ١٩٤٥/١٢/١٢ - مجموعة القواعد القانونية جـ٢ رقم ٢٤٤ ص٢٩٦.

ب- المشـكل : هو اللفظ الذى خفى المراد منـه بحيث لا يمكن معرفته إلا بالبحث والتأمل فيما يحيط به من القرائن ، والعبارات[١] .

ومن أمثلة ذلك لفظ " الليل " الذى يعتبر ظرفا مشددا فى جريمة السرقة ، لأن المشرع الوضعى لم يبين المقصود بالليل ، أهو عبارة عن الفترة الزمنية التى تنحصر ما بين شروق الشمس وغروبها ، أم قصد به الفترة التى يخيم فيها الظلام ؟ لاشك أن حكمة النص تقتضى الأخذ بالمعنى الثانى ، لأن الظـلام هو الذى يبعث فى النفس الرهبـة ويسهل للجـانى ارتكاب جريمته دون أن يراه أحـدا[٢] .

هذا ويلاحظ أن الأشكال فى النص قد ينشـأ من لفظ مشترك معه وهو اللفظ الذى وضع لأكثر من معنى وليس فى صيغته دلالة على معنى معين مما وضع له ، وهنا لابد من قرينة خارجية تبين المعنى المراد مثل ما جاء فى قوله تعالى **﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾** [٣] فهل القرء معناه الطهر أم الحيض ، القرينة الخارجية تقرران المراد - على الراجح- الحيض لأن هذه القرينة تؤيد هذا وهى أن حكمة إيجاب العدة على المطلقة معرفـة براءة الرحم ولا يكون هذا إلا بالحيض[٤] .

جـ- المجمـــل : وهو اللفظ الذى ينطوى فى معناه على عدة أحوال جمعت فيه ولا يمكن معرفتها إلا بموضح ، فمثل هذا المجمل لا سبيل لتفسيره إلا بتفسير يصدر من الشارع ، وهنا يصير المجمل مشكلا ومن ثم يفتح الباب للاجتهاد لإزالة أشكاله[٥] . ومثاله : لو أوصى رجل بثلث ماله لمواليه وكان له

---

(١) الشيخ / زكى الدين شعبان - أصول الفقه الإسلامى ص٣٤٧ وما بعدها - الطبعة الثالثة ١٩٦١/ ١٩٦٢ .

(٢) د/ عبدالودود يحي- السابق ص١٨٧ ، د/ توفيق فرج - السابق ص٤٢٨ .

(٣) سورة البقرة : الآية (٢٢٨) .

(٤) أنظر : عبدالوهاب خلاف- السابق ص١٧٢ .

(٥) د/ عبدالمنعم الصدة- السابق ص١٦٦ .

عبيدا أعتقهم وأسيادا أعتقوه ، فهنا لا يعرف من المقصود من هؤلاء إلا بالرجوع إلى الموصى مع أنه مات .

د- المتشابه : هو اللفظ الذى خفى المراد منه بحيث لا ترجع مرفته فى الدنيا لأحد ، أو لا ترجع معرفته إلا للراسخين فى العلم ، ومثاله تلك الحروف الواردة فى أوائل بعض سور القرآن الكريم " حم - ألم - كهيعص " .

ثالثا : النقص :

هو إغفال لفظ أو عبارة فى النص التشريعى بحيث لا يستقيم الحكم بدونه[1] ، ومثال ذلك ما كانت تنص عليه المادة ١٥١ من القانون المدنى القديم من أن " كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر " فلاشك أن المشرع لم يقصد الالتزام بالتعويض عن كل فعل ينتج عنه ضرر ، وإنما قصد الفعل الخاطئ ولأن الفقه والقضاء قد استقر على أن الخطأ ركن فى المسئولية التقصيرية .

رابعا : التعارض :

تعارض النصوص عبارة عن اصطدام نص مع نص آخر بحيث لا يمكن الجمع بينهما لتعارضهما رغم وضوح كل منهما منظورا إليه على حده، وهذا التعارض لا يوجد إلا فى الظاهر لأنه من غير المقبول أن يوجد تعارض حقيقى بين قواعد القانون ولابد من إزالة هذا التعارض بحيث لا تبقى إلا قاعدة واحدة واجبة الاتباع .

وأهم قواعد إزالة هذا التعارض : أن القاعدة الأعلى تبطل القاعدة الأدنى المخالفة لها ، فقواعد القانون الدستورى واجبة الاتباع إذا تعارضت مع قواعد القانون العادى أو قواعد القانون الفرعى . كما أن القاعدة اللاحقة تلغى القاعدة السابقة المساوية لها أو الأدنى منها والقاعدة الخاصة تقيد القاعدة العامة

---

[1] د/ توفيق فرج- السابق ص٤٢٤ ، د/ عبد الودود يحي- السابق ص١٨٧ .

المساوية أو الأدنى منها فى القوة[١] ، وإذا لم يمكن إزالة هذا التعارض بأن كانت كل من القاعدتين مساوية للأخرى فى الدرجة ومعاصرة لها فى النشأة ومطابقة لها فى المعنى وجب اللجوء إلى طرق تفسير أخرى خارج النصوص كما سنوضح بعد قليل [٢] .

١٨٠- طرق تفسير النص المعيب :

إذا شاب النص عيب أو أكثر وجب تفسيره بما يبين المقصد الحقيقى للمشرع من وضعه ، وفى سبيل هذا التفسير يلجأ القاضى إلى عدة طرق بها يمكن رفع العيب الذى اكتنف النص ، وأهم هذه الطرق :

أ- تقريب النصوص بعضها من بعض :

بحيث يعتبر اللفظ جزءا من كل ، لأن الألفاظ فى النص القانونى تكمل بعضها ، كما أن النصوص فى التقنين الواحد - كالتقنين المدنى - تكمل بعضها أيضا ، ويرى البعض[٣] " أن أجزاء النظام القانونى كله تكمل بعضها ، وكثيرا ما أدى هذا التقريب إلى نتائج مرضية إن لم تكن حاسمة " .

وعلى ذلك يجب تفسير النصوص باعتبارها وحدة لا تتجزأ فيفسر النص فى ضوء النصوص الأخرى ، حيث يمكن تقييد إطلاق النص- أو تخصيص النص العام ، أو جلاء لفظ خفى أو تحديد معنى لفظ مشكل على ضوء ما سبق بيانه فى هذا الصدد .

ب- الرجوع إلى مجموعة الأعمال التحضيرية :

الأعمال التحضيرية هى مجموعة الوثائق الرسمية التى تشمل المذكرات

---

(١) أنظر فيما سبق : د/ سمير تناغو- السابق ص٧٦١ .

(٢) أنظر : د/ توفيق فرج- السابق ص٤٢٩ ، د/ احمد سلامة - السابق ص١٩٢ ، د/ سليمان مرقص - السابق ص٣٢٥ .

(٣) د/ احمد سلامة - السابق ص١٩٢ .

الإيضاحية للتشريع ، ومناقشات الهيئة التى قامت بتحضيره واعتماده[١] والأعمال التحضيرية تعد من أهم الوسائل فى تفسير القانون لأنها كثيرا ما تبين هدف المشرع من النص ، ولذلك تحرص السلطة التشريعية على أن تلحق بكل قانون- غالبا- مذكرة إيضاحية أو تفسيرية " حتى يتيسر السبيل للكشف عن الغرض من التشريع والظروف التى أحاطت به منذ التفكير فيه حتى ميلاده "[٢] . ورغم أهمية الأعمال التحضيرية فى تفسير النص المعيب ، إلا أنه ينبغى الحذر عند الاستعانة بها فى تفسير النصوص المعيبة ، إذ قد تكون الآراء الواردة فيها لا تعدو أن تكون اجتهادا شخصيا من أصحابها ولا تعبر عن قصد المشرع ، ومن ثم فلا تعتبر جزءا من التشريع ، وإنما هى عبارة عن رأى فقهى قد يؤخذ به أو لا يؤخذ به عند تفسير النص[٣] ، كما أنها ليست ملزمة للقاضى ، لأنها قد تتعلق بنصوص فى مشروع القانون تم حذفها أو تعديلها عند الصياغة النهائية للقانون .

جـ- الرجوع إلى المصادر التاريخية :

هى القوانين والأنظمة التى استقى منها المشرع نصوص التشريع الذى يعرض لتفسيره . فالرجوع إلى المصدر التاريخى كثيرا ما يساعد المفسر على معرفة قصد المشرع إذا شاب النص عيبا من العيوب السابقة ، فمثلا يرجع فى القانون المصرى إلى الشريعة الإسلامية لفهم النصوص التشريعية الخاصة بالشفعة والميراث والوصية وقواعد الولاية على المال ، وحكم تصرفات المريض مرض الموت ... الخ مثل هذه الأمثلة[٤] .

---

[١] أنظر : د/ محمد كامل مرسى - شرح الباب التمهيدى للقانون المدنى ص٩٠ ، ٩١ ط ١٩٥٤ ، د/ حسن كيرة - السابق ص٤٠٤ .

[٢] د/ توفيق فرج - المصدر السابق ص٤٣٠ ، وقد نشرت الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الحالى فى سبعة أجزاء .

[٣] د/ احمد سلامة- السابق ص١٩٤ ، د/ عبدالودود يحي- السابق ص١٩٠ ، د/ نعمان جمعة - السابق ص٢٦٣ ، راجع د/ سمير تناغو - السابق ص٧٦٦.

[٤] د/ حسن كيرة - السابق ص٤٠٤ ، راجع الوسيط للسنهورى جـ١ ص٩ .

وبالنسبة للقانون المدنى الحالى فإنه يمكن الاستعانة فى تفسير نصوصه بالمصادر التاريخية التى استقى منها المشرع نصوصه ، وهى التقنين المصرى القديم ، والشريعة الإسلامية ، وأحكام المحاكم ، والقانون الفرنسى ، وبعض القوانين الأجنبية الأخرى التى أخذ القانون المدنى منها بعض أحكامه[١] .

د- البحث فى حكمة التشريع :

فالمشرع لا يصدر النصوص عبثا ، وإنما يهدف منها إلى تحقيق غاية معينة هى المصلحة الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية أو الخلقية ... الخ وإدراك هذه المصلحة هى الحكمة التى من أجلها صدر التشريع ، والوقوف عليها يساعد فى إزالة العيب من النص[٢] كما هو الشأن فى تفسير كلمة " الليل" الواردة فى جريمة السرقة على النحو الذى ذكرناه فى حينه .

---

(١) د/ عبد الودود يحي – السابق ص١٩٠ ، د/ سليمان مرقص – السابق ص٣٦٥ .

(٢) أنظر : د/ احمد سلامة – السابق ص١٩٥ ، د/ جميل الشرقاوى – السابق ص١٨٨ ، د/ عبدالمنعم الصدة– السابق ص١٥٨ .

المطلب الثالث
حالة عدم النص

١٨١- واجب القاضى عند عدم وجود النص :

إذا لم يجد القاضى نصا سليما أو معيبا ينطبق على الحالة المعروضة عليه فلا يجوز له أن يمتنع عن القضاء وإنما يجب عليه أن يفصل فى الدعوى ولا يستطيع الاحتجاج بعدم وجود نص فى القانون أو أن النص غير صريح أو ما شابه ذلك .

غير أن الفصل فى الدعوى عند عدم وجود نص يقتضى التفرقة بين المواد الجنائية والمواد المدنية .

أ- ففى المواد الجنائية :

إذا لم يجد القاضى نصا ينطبق على التهمة المسندة إلى المتهم ، وجب عليه أن يحكم بالبراءة مهما كان الفعل مستهجنا أو مثيرا للشعور ضده ، لأنه لا يجوز توقيع عقوبة إلا بناء على قانون وفقا للمادة ٦٦ من الدستور المصرى ، ولذلك لا يجوز للقاضى أن يتوسع فى تفسير النصوص أو يلجأ إلى القياس ليطبق نصا موجودا على حالة لم يرد بشأنها نص إذا كان من شأن التوسع فى التفسير أو استعمال القياس أن يؤدى إلى إنشاء جريمة أو تقرير عقوبة ، وليس معنى ذلك أنه يجب التضييق فى تفسير النصوص إلى حد الوقوف عند معناها الحرفى أو اللفظى وإنما يجب - عند تفسير النصوص الجنائية - أن يبحث القاضى عن حقيقة قصد المشرع من واقع عباراته وفحواها ، فهذا التفسير الضيق لم يمنع من قياس سرقة التيار الكهربائى على سرقة المنقول - كما رأينا - وتقرير عقوبة السرقة على سرقة التيار الكهربائى ، كذلك قاس القضاء

جريمتي النصب وخيانة الأمانة على جريمـة السرقة فيمـا يتعلـق بعـدم تحريـك الدعوى الجنائية إلا بناء على طلب المجنى عليـه إذا وقعت هـذه الجرائم بيـن الأصول والفروع أو بين الأزواج[١] .

ب- وفى المواد المدنية :

إذا لم يجد القاضى نصا يحكم الواقعـة أو النزاع المعروض عليـه فـلا يجوز له أن يحكم برفض الدعوى بحجة عدم وجود نص ؛ وإن فعل كان حكمه باطلا لقصور فـى تسبيبه ، ونكرانـه للعدالـة ، وهـذه جريمـة يعاقب عليهـا القانون [٢] ولذلك يجـب علـى القـاضى إن لـم يكـن هنـاك عـرف يحكم المسألة المعروضة عليه أن يجتهد فى الاهتداء إلى حكم القـانون فـى موضوعهـا ، إمـا عن طريق الاستنباط بالاستناد إلى التشـريع وإمـا عـن طريـق مصـادر القـانون الأخرى ؛ ويوصف عمل القاضى حين يستند إلى التشريع ليستنبط حكمـا يطبـق على الواقعة – بأنه إنشاء للقواعد القانونية يحـدث فـى ظـلال التشـريع أو علـى امتداده[٣] ، ومن أمثلـة ذلـك قيـاس البصمـة أو الختـم علـى الإمضـاء [٤] وذلـك بالنسبة للمـادة ٢٢٧ مـن القـانون المدنـى القديـم التـى كـانت تنـص علـى أن " المحررات الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصـل إنكـار للكتابـة أو الإمضاء " فبطريق الاستنباط (القياس) أمكن إعطاء الورقة المذيلة ببصمة أو ختم نفس الحجية التى للورقة الموقع عليها بإمضاء .

تم بحمد الله وتوفيقه

---

[١] د/ عبدالودود يحي- السابق ص١٩٢.

[٢] أنظر المادة ٢٢ من قانون العقوبات .

[٣] د/ سليمان مرقص- السابق ص٣٧١ .

[٤] د/ عبد الودود يحي – السابق – الموضع السابق .

الفهـــــرس